

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



O FAVOR ARBITRANDUM

Ensaio de uma teorização

LINO DIAMVUTU

Orientador: Professor Doutor Dário Moura Vicente

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor
em Direito

Especialidade de Ciências Jurídico-Civis

2019

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



O FAVOR ARBITRANDUM

Ensaio de uma teorização

LINO DIAMVUTU

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito
Especialidade de Ciências Jurídico-Civis

Júri:

Presidente:

- Doutor José Artur Nunes Duarte Nogueira, Professor Catedrático e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Vogais:

- Doutor João Paulo Fernandes Remédio Marques, Professor Auxiliar Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Arguente)
- Doutor Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, Professor Auxiliar Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- Doutor Miguel Fernando Pessanha Teixeira de Sousa, Professor Catedrático Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Doutor Luís Pedro Rocha de Lima Pinheiro, Professor Catedrático Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Arguente)
- Doutor Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto, Professor Catedrático Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Doutor Dário Manuel Lentz de Moura Vicente, Professor Catedrático Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Orientador)

Aos meus Pais,

*Diamvutu Bento
e Lemba Ngimbi Bento*

*“(L’arbitrage) correspond – comme son histoire
et son développement le prouvent – à une véritable
nécessité économique autant qu’à une profonde
aspiration humaine”.*

Henri Motulsky¹

*“We cannot have trade and commerce in world markets
and international waters exclusively on our terms,
governed by our laws, and resolved in our Courts”.*

Warren Earl Burger
in *The Bremen v. Zapata Off-shore Co.*, 407 U.S. 1, 9 (1972)

¹ HENRI MOTULSKY, “Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale”, in *Écrits – Études et notes sur l’arbitrage*, Préface de Berthold Goldman et Philippe Fouchard, t. 2, Dalloz, 1974, p. 220, n.° 16.

Advertências

O texto da presente dissertação foi redigido de acordo com as regras gramaticais e ortográficas da língua portuguesa em vigor em Angola que ainda não ratificou o Novo Acordo Ortográfico de 1990, já em vigor em Portugal desde o dia 1 de Janeiro de 2012.

Na primeira citação, as obras são identificadas pelo nome completo do autor, título integral (e, quando se trate de contributo para obra colectiva, autor coordenador e título da obra colectiva), volume, edição, local de publicação, ano e página(s).

De acordo com o critério que temos por melhor em obras desta natureza, as transcrições de sumários de decisões judiciais ou arbitrais, bem como as referentes a citações de autores são sempre feitas na língua original, ou seja, na língua em que os referidos textos foram redigidos.

Salvo indicação contrária, qualquer tradução de expressões estrangeiras ou latinismos para português quando julgamos necessária, é da nossa exclusiva responsabilidade.

Na bibliografia final, as referências são citadas por ordem alfabética.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Dário Moura Vicente, a minha gratidão pela orientação da presente dissertação e pelo estímulo crítico ao longo da sua elaboração;

Aos Professores Doutores Luís de Lima Pinheiro, Paula Costa e Silva, Eduardo Vera-Cruz Pinto e Selma Maria Ferreira Lemes, pelas sugestões, objecções e indicações de que muito beneficiou a presente dissertação;

Aos Professores Doutores André Victor e Evaristo Solano, Decano e Vice-Decano para a Área Científica da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, respectivamente, pela dispensa do serviço docente ao longo dos dois últimos anos lectivos;

Ao Bastonário Manuel Gonçalves e à Senhora Dra. Filomena Margarida do Nascimento Gonçalves, cujo apoio ao longo desses anos de trabalho constituiu um grande incentivo;

Ao Secretário Geral do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Dr. António Vieira da Silva, pelas facilidades de trabalho que gentilmente me proporcionou nas instalações do referido Centro em Outubro de 2017;

Aos responsáveis e funcionários das Bibliotecas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, da Procuradoria-Geral da República (Portuguesa), da Faculdade de Direito da Universidade Livre de Bruxelas, da *Bibliothèque Nationale de France (François Mitterrand)*, pelas facilidades de investigação ao longo da elaboração da presente dissertação;

Aos responsáveis e funcionários da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago – *The D'Angelo Law Library* –, pelas facilidades de investigação prontamente concedidas durante as minhas duas estadias nos Estados Unidos, em Junho de 2017 e Maio de 2018;

Aos responsáveis e funcionários do *Institut Suisse de Droit Comparé (ISDC)*, de Lausana, pelas facilidades de investigação concedidas durante a minha estadia em Maio de 2018;

Aos meus amigos e colegas, em especial, aos Drs. Martinho Nombo, Francisco Manuel dos Santos, Sebastião Raimundo de Freitas, Pascoal Correia Ramos, Daniel Miezi Teresa João, Olinto Cardoso, Fatou ba Sene, Aboubakry Niang e Achille Ngwanza, pelo auxílio prestado sempre que foi necessário para a concretização desta obra;

Aos meus familiares; à minha esposa, Bibiana; aos meus filhos: Débora, Cristiane e David; à minha prima Sandra, pela compreensão e apoio imprescindíveis para a elaboração da presente dissertação.

Plano da dissertação

Introdução

1. Colocação do problema
2. Delimitação do objecto de estudo
3. Sobre os princípios jurídicos
4. Estrutura da tese

PARTE I

MANIFESTAÇÕES LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS DO PRINCÍPIO DO *FAVOR ARBITRANDUM*

Capítulo I

Manifestações relativas à convenção de arbitragem

Secção I

Manifestações relativas à validade da convenção de arbitragem

1. Autonomia da cláusula compromissória
2. Validade substancial da convenção de arbitragem com base numa conexão alternativa
3. Inoponibilidade de excepções baseadas no Direito interno do Estado parte de uma convenção de arbitragem
4. Admissão da cláusula arbitral por referência

Secção II

Manifestações relativas ao âmbito dos efeitos da convenção de arbitragem

1. Extensão *ratione personae* da convenção de arbitragem
2. Extensão *ratione materiae* da convenção de arbitragem

Capítulo II

Manifestações relativas à competência do tribunal arbitral

1. Competência-competência do tribunal arbitral
2. Alargamento da arbitrabilidade objectiva

Capítulo III

Manifestações relativas à sentença arbitral

Secção I

Manifestações relativas à validade da sentença arbitral

1. Dissociação da parte anulável da sentença arbitral proferida *extra potestatem*
2. Exclusão do recurso de mérito da sentença arbitral internacional
3. Presunção *juris tantum* de validade da sentença arbitral estrangeira a ser reconhecida ao abrigo da Convenção de Nova Iorque (*Pro-enforcement bias*)

Secção II

Manifestações relativas ao reconhecimento da sentença arbitral

1. Carácter restrito da reserva de ordem pública como fundamento de recusa do reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras
2. Ausência de revisão do mérito da sentença arbitral a ser reconhecida ao abrigo da CNI
3. Reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede

PARTE II

DOGMÁTICA DO PRINCÍPIO DO *FAVOR ARBITRANDUM*

Capítulo IV

Conteúdo do princípio do *favor arbitrandum*

Secção I

O *favor arbitrandum*: um critério interpretativo e de decisão

1. Princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem
2. Princípio da arbitrabilidade dos litígios ou *favor arbitrandum* (*stricto sensu*)
3. Princípio de validade da sentença arbitral ou *favor validitatis sententiae*
4. Princípio do reconhecimento da sentença arbitral ou *favor recognitionis*

Secção II

O *favor arbitrandum*: um princípio positivo supralegal

1. Directriz que orienta o legislador no sentido da formulação de normas pró-arbitragem
2. Directriz que orienta a interpretação e a integração normativas no sentido do desenvolvimento da arbitragem

Capítulo V

Limites do princípio do *favor arbitrandum*

1. Limites de carácter geral
2. Limites próprios ao procedimento arbitral
3. Limites dependentes da qualidade das partes

Capítulo VI

Fundamentação do princípio do *favor arbitrandum*

Secção I

Fundamentação jurídico-política do princípio

1. Desenvolvimento do comércio internacional
2. Necessidade de redução das pendências nos tribunais judiciais
3. Instrumento de política concorrencial entre Estados ao serviço do prestígio e das economias nacionais
4. O *favor accordandum* ou *conciliationis*

Secção II

Fundamentação dogmática

1. O princípio da autonomia privada: um possível fundamento para o *favor arbitrandum*?
2. O princípio da tutela da confiança

Conclusões gerais

Bibliografia

Lista de jurisprudência

Índice

Principais siglas e abreviaturas

AAA	American Arbitration Association
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
AAP	Auto de la Audiencia Provincial (Espanha)
a.C.	Antes de Cristo
Ac.	Acórdão
A.C.	Law Reports, Appeal cases (Third series), England & Wales
Al.	Alínea
All E.R.	All England Law Reports (Inglaterra)
Arb. Int'l	Arbitration International (Inglaterra)
Art.	Artigo
ATF	Recueil officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral suisse
ATSJ	Auto del Tribunal Superior de Justicia (Espanha)
BGB	Bürgerliches Gezezbuch (Alemanha)
BGH	Bundesgerichtshof (Alemanha)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Alemanha)
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
Bull.	Bulletin
Bull. ASA	Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage (Suíça)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation: chambres civiles (França)
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CC	Código Civil angolano
CCI	Câmara de Comércio Internacional (de Paris)
CEPANI	Centre belge d'arbitrage e de médiation
Cf.	Conferir
Ch.	Chambre
Ch. c. ou civ.	Chambre civile

CIRDI	Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos
cit.	Citado
CJ	Colectânea de Jurisprudência (Portugal)
CJB	Code Judiciaire belge
CNI	Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958, sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras
CNUDCI (UNCITRAL)	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
Comp.	Comparar
Coord.	Coordenação, Coordenador
CPC	Código de Processo Civil (angolano)
CPC francês	Code de Procédure Civile français (França)
CRA	Constituição da República de Angola
CRP	Constituição da República Portuguesa
D.	Recueil Dalloz (Paris)
DAOR	Droit des affaires – <i>Het ondernemingsrecht</i> (Bélgica)
d.C.	Depois de Cristo
Dir.	Direcção, Director
DIS	<i>Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit</i>
DL	Decreto-lei
Doc.	Documento
Doc. Parl.	Document parlementaire (Bélgica)
D. R.	Diário da República
Ed.	Edição, Editor
et al.	<i>Et alii</i> (e outros)
EWCA Civ	Court of Appeal (Civil Division) England & Wales
F; F.2d; F.3d	Federal Reports (West US Court of appeal cases), colectânea publicada em três séries (Estados Unidos da América)
F. Supp.; F. Supp. 2d;	
F. Supp. 3d	Federal Supplement (West US District Court cases), colectânea publicada em três séries (Estados Unidos da América)

	da América)
FAA	Federal Arbitration Act (Estados Unidos da América)
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
Foro it.	Foro italiano
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IBA	International Bar Association
ICC	International Chamber of Commerce (Paris)
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes
i.e.	<i>Id est</i>
JCP	Juris-Classeur Périodique (França)
JDI	Journal du Droit International
JLMB	Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (Bélgica)
K.B.	King's Bench Division – Law Reports (Inglaterra)
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária angolana (Lei n.º 16/03, de 25 Julho de 2003)
LAVP ou LAVP de 2011	Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro)
LCCG	Lei sobre as cláusulas contratuais gerais (Lei n.º 4/03, de 18 de Fevereiro)
LCCGP	Lei sobre as cláusulas contratuais gerais portuguesa
LCIA	London Court of International Arbitration
LDC	Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 15/03, de 22 de Julho)
LDIP	Lei de Direito Internacional Privado (Suíça)
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LGT	Nova Lei Geral do Trabalho (Lei n.º 7/15, de 15 de Junho)
Lloyds Rep.	Lloyds Law Report (Inglaterra)
N.º(s)	Número(s)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Alemanha)
OHADA	Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios

OLG	Oberlandesgericht (Alemanha)
p. ou pág.	Página
p. ex.	Por exemplo
par.	Parágrafo
Pas.	Pasicrisie (Bélgica)
pp.	Páginas
Proc.	Processo
Proc. n.º	Processo número
QB - Law Reports	Queen's Bench Division (Inglaterra)
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international
RIAC	Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação
RJLB	Revista Jurídica Luso-Brasileira
RCJB	Revue Critique de Jurisprudence Belge (Bélgica)
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage (França)
RCDIP ou Rev. crit. DIP	Revue Critique de Droit International Privé
Rev. dr. Int. et dr. comp.	Revue de Droit International et de Droit Comparé (Bélgica)
RG	Rôle Général (Bélgica)
RL	(Tribunal da) Relação de Lisboa
ROA	Revista da Ordem dos Advogados (Portugal)
RT	Revista dos Tribunais (Brasil)
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD com.	
ou Rev. Trim. Dr. Com.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
S.	Sirey (França)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial (Espanha)
Sent. arb.	Sentence arbitrale
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Espanha)
t.	tomo
TAS	Tribunal Arbitral du Sport
TBI	Tratado Bilateral de Investimentos
TGI	Tribunal de Grande Instance (França)

Trad.	Tradução, Tradutor
Trans.	Translator
UNCITRAL (CNUDCI)	United Nations Committee for International Trade Law
UKPC	United Kingdom Privy Council (Commonweath)
U.S.	United States Reports (Estados Unidos da América)
V	Ver
v. g.	<i>verbi gratia</i> (por exemplo)
Vol.	Volume
vs.	<i>versus</i>
YBA, YBCA ou Yearbook	
Comm. Arb.	Yearbook Commercial Arbitration
ZPO	Zivilprozessordnung (Alemanha)

Resumo

A presente tese constitui um ensaio de teorização do *favor arbitrandum*. A tese, contrariamente a algumas posições doutrinárias sobre o tema, não encara o *favor arbitrandum* como sendo uma política legislativa ou judiciária visando a promoção da arbitragem. Antes, ela procura, a partir das suas manifestações legais e jurisprudenciais, identificar um princípio jurídico, determinando o seu conteúdo, os seus limites e os seus fundamentos.

O princípio do *favor arbitrandum* revela-se plurifacetado e não apresenta um alcance idêntico nos diversos ordenamentos jurídicos estudados. O seu conteúdo pode ser apreendido em dois sentidos principais. Trata-se, por um lado, de um critério interpretativo-decisional em matéria de validade da convenção de arbitragem, da competência do tribunal arbitral e de validade ou reconhecimento da sentença arbitral. Por outro lado, o *favor arbitrandum* é um princípio jurídico supralegal que se expressa como directriz orientadora da actividade legislativa, e, do trabalho interpretativo e integrativo pelo julgador das normas relativas à arbitragem.

O princípio do *favor arbitrandum* encontra fortes limitações que podem ser de carácter geral (v.g. a aplicação da reserva da ordem pública, a ofensa dos bons costumes, a fraude, *etc.*), inerentes ao procedimento arbitral (a falta pelo árbitro do *jus imperium*, as *anti-arbitration injunctions* ou a responsabilização civil do árbitro) ou relativas à qualidade das partes envolvidas na arbitragem (a impecuniosidade das partes e a imunidade de execução dos Estados).

Quanto aos seus fundamentos, o princípio do *favor arbitrandum* assenta em fundamentos jurídico-políticos e dogmáticos. Os seus fundamentos jurídico-políticos relacionam-se com o desenvolvimento do comércio internacional, a necessidade de redução das pendências nos tribunais judiciais, a concorrência entre Estados no acolhimento das arbitragens internacionais e o *favor accordandum*. O verdadeiro fundamento dogmático do *favor arbitrandum* encontra-se no princípio da tutela da confiança.

Palavras-chave: *favor arbitrandum*, manifestações, conteúdo do princípio, limites, fundamentos.

Résumé

La présente thèse constitue un essai de théorisation de la *favor arbitrandum*. La thèse, contrairement à certaines positions doctrinales sur le sujet, n'aborde pas la *favor arbitrandum* comme étant une politique législative ou judiciaire visant à promouvoir l'arbitrage. Elle cherche, avant tout, à partir de ses manifestations légales et jurisprudentielles, à identifier un principe juridique, en déterminant son contenu, ses limites et ses fondements.

Le principe de *favor arbitrandum* se révèle comme ayant plusieurs facettes et ne présente pas une portée identique dans les divers ordres juridiques étudiés. Son contenu peut être appréhendé en deux sens principaux. Il s'agit, d'abord, d'un critère d'interprétation et de décision en matière de validité de la convention d'arbitrage, de la compétence du tribunal arbitral et de validité ou reconnaissance de la sentence arbitrale. Ensuite, la *favor arbitrandum* est un principe juridique supra-légal qui s'exprime comme une directive qui doit orienter l'activité législative, aussi bien que le travail interprétatif et intégratif par le juge quant aux normes relatives à l'arbitrage.

Le principe de la *favor arbitrandum* trouve des fortes limitations qui peuvent être d'ordre général (v.g. en matière d'application de la réserve de l'ordre public, d'offense aux bonnes mœurs, de la fraude, etc.), inhérentes à la procédure arbitrale (le manque de *jus imperium* par l'arbitre, les *anti-arbitration injunctions* ou la responsabilité civile de l'arbitre) ou relatives à la qualité des parties à l'arbitrage (l'impécuniosité des parties ou l'immunité d'exécution des États).

Quant à ses fondements, le principe de la *favor arbitrandum* se base sur des fondements juridico-politiques et dogmatiques. Ses fondements juridiques et politiques ont à voir avec le développement du commerce international, la nécessité de résorber l'arriéré judiciaire, la concurrence entre États pour l'accueil des arbitrages internationaux et la *favor accordandum*. Le véritable fondement dogmatique de la *favor arbitrandum* se trouve dans le principe de la protection de la confiance.

Mots-clés: *favor arbitrandum*, manifestations, contenu du principe, limites, fondements.

Introdução

1. Colocação do problema

I. A arbitragem é antiquíssima². A doutrina refere que a prática arbitral já era conhecida na Mesopotâmia (3200 anos a.C.)³, na Grécia antiga⁴, no Império romano⁵, no Direito judaico⁶, no Direito muçulmano⁷, etc.. A arbitragem foi ainda largamente praticada nas sociedades tradicionais africanas⁸. A principal razão da origem bastante

² EDUARDO ALVES DE SÁ, *Commentário ao Código do Processo Civil Portuguez*, Vol. 2, Lisboa, 1878, p. 108; LUIZ OLAVO BAPTISTA, *Arbitragem Comercial e Internacional*, São Paulo, Lex Magister, 2011, p. 21. Em Portugal, a Lei de D. Diniz (Séc. XIV), as Ordenações Afonsinas no livro 3º do título 113 (Séc. XV), as Ordenações Manuelinas no livro 3º do título 81 (Séc. XVI) e as Ordenações Filipinas no livro 3º do título 16 e 33-8 (Séc. XVII), já previam a resolução de litígios com a intervenção dos *Juizes Alvidros* ou, nestas últimas, de *Juizes árbitros*. A Carta Constitucional de 1826 permitiu aos particulares renunciarem ao recurso a tribunais estaduais (JOSÉ ARTUR DUARTE NOGUEIRA, “Arbitragem na história do Direito português (Subsídios)”, in *Revista Jurídica*, 20, 1996, pp. 20 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, 2015, p. 23; AGOSTINHO PEREIRA DE MIRANDA; CÉLIA FERREIRA MATIAS, “Regresso ao Futuro: Apontamentos sobre a História da Arbitragem”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2008, p. 32).

³ SOPHIE LAFONT, “L’arbitrage en Mésopotamie”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 4, 2000, pp. 557-590; FERNANDA DA SILVA PEREIRA, *Arbitragem Voluntária Nacional – Impugnação de sentenças arbitrais: o tortuoso e longo caminho a percorrer*, Livraria Petrony, 2009, p. 12.

⁴ JULIE VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, “L’arbitrage dans la Grèce antique – Époques archaïque et classique”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 1, 2000, pp. 9-26; FERNANDA DA SILVA PEREIRA, *Arbitragem Voluntária Nacional – Impugnação de sentenças arbitrais: o tortuoso e longo caminho a percorrer*, cit., pp. 13-14.

⁵ ALFRED BERNARD, *L’arbitrage volontaire en droit privé*, Bruxelles, Bruylant/ Paris, Librairie Générale de Droit, 1937, pp. 6-7; YVES GUYON, *L’arbitrage*, Economica, 1995, pp. 7-8; BRUNO DE LOYNES DE FUMICHON; MICHEL HUMBERT, “L’arbitrage à Rome”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 2, 2003, p. 285; A. SANTOS JUSTO, “A arbitragem no Direito romano – Breve referência ao Direito português”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra Editora, 2013, pp. 675-701; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem ...*, cit., pp. 22-23; GARY B. BORN, *International Commercial arbitration*, Second Edition, Vol. I, Wolters Kluwer, 2014, pp. 24 e ss.; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2ª Edição, Almedina, 2013, p. 53; FRANK NICÉPHORE YOUNGONÉ, *Arbitrage commercial international et développement – Étude du cas des États de l’OHADA et du Mercosur*, L’Harmattan, 2016, p. 18; CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, p. 44.

⁶ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado – Arbitragem Comercial Internacional*, Renovar, 2003, pp. 3 e ss.; JACOB DOLINGER, “Conciliação e arbitragem no Direito judaico”, in *Reflexões sobre arbitragem*, Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Coords.), Editora LTR São Paulo, 2002, pp. 57-76.

⁷ ALI MEZGHANI, “Le droit musulman et l’arbitrage”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 2, 2008, p. 217.

⁸ LINO DIAMVUTU, “Chapter 4: Angola”, in *The International Arbitration Review*, Sixth Edition, James H. Carter (Ed.), Law Business Research, 2015, p. 56.

longínqua da arbitragem radica na sua dimensão profundamente humana, a qual corresponde a uma das aspirações naturais do homem: a necessidade de justiça⁹.

Na Mesopotâmia, os escritos cuneiformes revelam que a prática da arbitragem era conhecida entre os babilónios, os assírios e os amorreus¹⁰. O Código de Hammurabi (1750 a.C.) utiliza, em algumas passagens, a palavra “juiz” para o julgador¹¹, e em outras, refere-se aos anciãos como julgadores¹². Sabe-se que a decisão arbitral não tinha força executiva, e que vigorava uma cláusula de não reinvidicação nos termos da qual as partes renunciavam a uma discussão futura que incidisse sobre os mesmos factos¹³. Acerca da imparcialidade do julgador, o referido Código dispunha que “O juiz que profere uma sentença parcial será destituído e condenado a doze vezes o valor da multa que pronunciara”¹⁴.

Na Grécia antiga (VIII–VI séc. a.C.)¹⁵, a arbitragem já era uma prática bem enraizada na sua civilização. Os poemas homéricos (*Ilíada* e *Odisseia*) dão conta dessa realidade¹⁶. Vários historiadores referem-se ao desenho gravado no escudo de Aquiles, descrevendo uma cena judiciária em que os anciãos da cidade devem decidir o litígio surgido na sequência de certo homicídio¹⁷. O litígio gira em torno do resgate do direito à vingança. Uma das partes alega ter pagado, e a outra afirma não ter recebido qualquer pagamento. O litígio apenas será dirimido pelos anciãos, após a intervenção do *Istor*,

⁹ THOMAS CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, p. 9; veja-se também: LUÍS PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, “Arbitragem em Direito público: tentativa de aproximação histórica ao caso português”, in *Arbitragem e Direito público*, AAFDL Editora, 2015, p. 38.

¹⁰ SOPHIE LAFONT, “L’arbitrage en Mésopotamie”, cit., p. 559.

¹¹ MARTIM DELLA VALLE, *Arbitragem e Equidade – Uma abordagem internacional*, Editora Atlas, 2012, p. 23.

¹² MARTIM DELLA VALLE, *Arbitragem e Equidade – Uma abordagem internacional*, cit., p. 23.

¹³ SOPHIE LAFONT, “L’arbitrage en Mésopotamie”, cit., pp. 559 e *passim*.

¹⁴ THOMAS CLAY, “L’indépendance et l’impartialité de l’arbitre et les règles du procès équitable”, in *L’impartialité du juge et de l’arbitre – Étude de droit comparé*, Jacques van Compernelle; Giuseppe Tarzia (Dir.), Bruylant Bruxelles, 2008, p. 202; MARTIM DELLA VALLE, *Arbitragem e Equidade – Uma abordagem internacional*, cit., p. 23; FERNANDA DA SILVA PEREIRA, *Arbitragem Voluntária Nacional – Impugnação de sentenças arbitrais: o tortuoso e longo caminho a percorrer*, cit., pp. 12-13.

¹⁵ JULIE VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, “L’arbitrage dans la Grèce antique – Époques archaïque et classique”, cit., pp. 12-13.

¹⁶ JULIE VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, “L’arbitrage dans la Grèce antique – Époques archaïque et classique”, cit., p. 13.

¹⁷ JULIE VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, “L’arbitrage dans la Grèce antique – Époques archaïque et classique”, cit., pp. 12-13.

um mediador, ou, talvez, um árbitro único¹⁸. BONNER¹⁹, HAMMOND²⁰ e ROEBUCK²¹ dão conta, cada um à sua maneira, de que os tribunais da Grécia antiga estavam congestionados e tal facto levava não poucas vezes os cidadãos a recorrerem à arbitragem.

No Direito romano, as partes celebravam um *compromissum*, i.e. um acordo através do qual confiavam a solução do seu diferendo ao árbitro escolhido (*iudex privatus* ou *arbiter*)²². Este último firmava um pacto designado por *receptum arbitri*, no qual se obrigava a compor aquele diferendo, proferindo um laudo²³. Um texto de PAULO no *Corpus Iuris Civilis*²⁴ é interessante pela sua precisão e semelhança com a realidade actual. Nele se afirma que: “Quem se ocupa da função de árbitro deve basear-se inteiramente no mesmo compromisso, porque a nenhum árbitro é lícito que possa fazer mais do que ali está previsto. Assim, o árbitro não poderá resolver o que quiser nem sobre qualquer assunto, senão relativamente ao que é objecto do compromisso e até onde este alcançar”²⁵.

¹⁸ *Iliada* XVIII, pp. 497-498; veja-se: JULIE VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, “L’arbitrage dans la Grèce antique – Époques archaïque et classique”, cit., p. 13. Tucídides (460-400 a.C.) marcou a sua preferência em relação à arbitragem, ao afirmar que “Não é lícito atacar desde logo o inimigo malfeitor, se este se encontrar disposto a submeter a questão a um tribunal arbitral”. Por sua vez, Aristóteles (384-322 a.C.) referiu-se à arbitragem, considerando que “O árbitro visa o que é justo, o juiz, aquilo que é direito; e foi para isso que a arbitragem foi introduzida, para que, efectivamente, a equidade prevaleça” (GUSTAVO SANTOS KULESZA; LEANDRO TRIPODI, “Noções gerais sobre Arbitragem Comercial Internacional”, in *Arbitragem Comercial – Princípios, Instituições e Procedimentos*, Marcial Pons, 2013, p. 29).

¹⁹ ROBERT J. BONNER, “The Institution of the Athenian Arbitrators”, Vol. 11, in *Classical Philology*, The University of Chicago Press, 1916, pp. 191-192; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 26, nota de rodapé n.º 160.

²⁰ NICHOLAS G. L. HAMMOND, “Arbitration in Ancient Greece”, in *Arb. Int’l*, Vol. 1, N.º 2, pp. 188-189; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 26, nota de rodapé n.º 160.

²¹ DEREK ROEBUCK, *Ancient Greek Arbitration*, Oxford, 2001, pp. 348-349; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 26, nota de rodapé n.º 160.

²² A. SANTOS JUSTO, “A arbitragem no Direito romano – Breve referência ao Direito português”, cit., p. 675; veja-se também: BRUNO DE LOYNES DE FUMICHON; MICHEL HUMBERT, “L’arbitrage à Rome”, cit., p. 285; FERNANDA DA SILVA PEREIRA, *Arbitragem Voluntária Nacional – Impugnação de sentenças arbitrais: o tortuoso e longo caminho a percorrer*, cit., pp. 15-17.

²³ A. SANTOS JUSTO, “A arbitragem no Direito romano – Breve referência ao Direito português”, cit., p. 675.

²⁴ D. 4,8,32,15.

²⁵ “De officio arbitri tractantibus sciendum est omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum: nec enim aliud alli licebit, quam quod ibi ut efficere possit cautum est: non ergo quod libet statuere arbitre poterit nec in qua re libet nisi de qua re compromissum est et quatenus compromissum est”; veja-se: A. SANTOS JUSTO, “A arbitragem no Direito romano – Breve referência ao Direito português” ..., p. 677.

No Direito judaico ²⁶, um dos textos do Antigo Testamento, escrito provavelmente entre a época dos patriarcas e um pouco antes do exílio do povo judeu na Babilónia (609 a.C.), sublinha o facto de não ser possível uma arbitragem entre Deus e o homem. Nele afirma-se: “Porque ele [Deus] não é homem, como eu [Job], a quem eu responda, vindo juntamente a juízo. Não há entre nós *árbitro* que ponha a mão sobre nós ambos” (O itálico é nosso)²⁷. É, de resto, uma passagem interessante na medida em que ali se faz expressamente uso da palavra “árbitro” e procede a uma delimitação do âmbito subjectivo da arbitragem no Direito judaico: o instituto é apenas concebível para a resolução de diferendos entre homens²⁸. Referem-se ainda às palavras de Jacob a Labão, seu tio, na sequência de uma disputa surgida entre ambos: “*Pone hic coram fratribus meis et fratribus tuis et judicent inter me et te*”²⁹.

No Direito muçulmano, a arbitragem (*Tahkim*) é admitida. A doutrina diverge sobre se a arbitragem no Direito muçulmano teria o seu fundamento na *Shari’a*³⁰. Para alguns autores³¹, existiria na *Shari’a* poucas referências à arbitragem. Para outros, os mecanismos aí previstos assemelham-se à conciliação³². O versículo 35 da *Sura An-Nisa* (Sura das mulheres) remete para um método que se assemelha mais à conciliação do que à arbitragem em caso de conflito entre cônjuges, ao determinar a designação de dois árbitros (*Hakam*) pertencentes um à família do marido e outro à mulher, para promoverem a sua reconciliação³³.

²⁶ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado* ..., cit., pp. 6-7.

²⁷ Job 9:33 (Almeida Revista e Corrigida).

²⁸ Sobre a *amicitia* no Judaísmo, veja-se: EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *História do Direito Comum da Humanidade – Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?*, Vol. I, Tomo I, AAFDL, Lisboa, 2003, pp. 352-359.

²⁹ Génesis 31:37 *in fine*: “Põe-no aqui diante dos meus irmãos e teus irmãos; e que julguem entre nós ambos”. Texto citado também por: EDUARDO ALVES DE SÁ, *Commentário ao Código do Processo Civil Português*, Vol. 2, cit., p. 108. No Novo Testamento, o apóstolo Paulo considera vergonhosa a existência de litígios entre cristãos (Cf. EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *História do Direito Comum da Humanidade – Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?*, Vol. I, Tomo II, AAFDL, Lisboa, 2006, p. 1189). Veja-se: Cor. 6:4-6: “4 *saecularia igitur iudicia si habueritis (...) contemptibiles qui sunt Ecclesia, illos constitue ad iudicandum* 5 *ad verecundiam vestram dico sic non est inter vos sapiens quisquam qui possit iudicare inter fratrem suum* 6 *sed frater cum fratre iudicio contendit et hoc apud infideles*” Tradução: “4 Então, se tiverdes negócios em juízo, pertencentes a esta vida, pondes na cadeira aos que são de menos estima na igreja? 5 Para vos envergonhar o digo: Não há, pois, entre vós sábios, nem mesmo um, que possa julgar entre seus irmãos? 6 Mas o irmão vai a juízo com o irmão, e isso perante infieis”.

³⁰ ALI MEZGHANI, “Le droit musulman et l’arbitrage”, cit., p. 218.

³¹ Veja-se, por exemplo: PIETER SANDERS, *Quo vadis arbitration? Sixty years of arbitration practice*, Kluwer Law International, 1999, p. 51.

³² ALI MEZGHANI, “Le droit musulman et l’arbitrage”, cit., pp. 217-218.

³³ ALI MEZGHANI, “Le droit musulman et l’arbitrage”, cit., pp. 217-218.

Um texto legal da época pós-bizantina³⁴, de 1645 (d.C.), o *Bactèria Archiérèôn* (Cajado dos prelados), apresenta, no seu capítulo XXI, intitulado “A propósito dos árbitros designados pelos dois litigantes para que julguem”, a seguinte noção da arbitragem: “O árbitro é escolhido como segue: eu e tu, precisamos de um julgamento e não gostamos nem do julgamento do metropolitano (arcebispo), nem do juiz civil (magistrado), nem do rei, nem do patriarca. Então, decidimos que um dos nossos pares nos julgue. E confiamos o assunto a um homem a quem dissemos: ‘temos tal litígio, faremos o que nos indicar’. (...) e, segundo o cânone 91 do sínodo de Cartagena, qualquer decisão tomada pelo árbitro, justa ou não, não poderá ser alterada por ninguém, nem mesmo pelo patriarca ou pelo rei...”³⁵.

Nas sociedades tradicionais africanas (XV–XIX d.C.), a arbitragem foi amplamente praticada para a resolução de conflitos entre famílias e tribos, em particular, no que diz respeito à propriedade fundiária. Os antigos, também designados por “mais velhos”, verdadeiros depositários da memória colectiva, tomavam decisões com força vinculativa para as partes litigantes que assumiam o compromisso de executá-las *bona fide*³⁶. A introdução do Direito positivo em África, no período colonial, não afectou a aplicação do Direito consuetudinário nas zonas rurais, principalmente no campo do Direito Privado: Direito da Família, Direito das Sucessões e Direito Fundiário. E nestas matérias, a arbitragem encontrou um espaço para a sua concretização³⁷.

³⁴ Veja-se também: DAPHNÉ PAPADATOU, “L’arbitrage byzantin”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 3, 2000, pp. 349-376.

³⁵ Tradução livre. EFI BASDRA, “L’institution de l’arbitrage dans le droit de l’ère post-byzantine – Le cas de l’île de Paxi”, disponível em: <http://journals.openedition.org/etudesbalkaniques/310>.

³⁶ LINO DIAMVUTU, “Chapter 4: Angola”, cit., p. 56; veja-se também: ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes – International and English Law Practice*, Oxford, 2010, pp. 477-478: “A form of dispute resolution similar to arbitration would also have existed in primitive societies where justice would have been dispensed by the family head or by elders of the tribe. This primitive form of justice is as much the keystone to arbitration as it is to the development of the courts”.

³⁷ FILIP REYNTJENS, *Introduction aux droits africains*, 2e édition, ULB, 1996/97, pp. 38-40; veja-se também: RAÚL CARLOS VASQUES ARAÚJO; ELISA RANGEL NUNES, *Constituição da República de Angola Anotada*, Tomo I, Luanda, 2014, pp. 202 e ss.. A institucionalização da arbitragem em Angola remonta ao Código de Processo Civil de 1876, mandado aplicar à então colónia de Angola. Ao Código de Processo Civil de 1876, sucederam os Códigos de 1939 e de 1961 (AGOSTINHO PEREIRA MIRANDA; CLÁUDIA LEONARDO, “Lei angolana da Arbitragem Voluntária: uma análise descritiva”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, RARB 25, 2010, p. 200).

II. A arbitragem não é, conforme se pode constatar, uma novidade na história da humanidade³⁸. Com efeito, conforme referiu o Professor THOMAS CLAY³⁹, a arbitragem está em constante evolução há, aproximadamente, quatro mil anos. Essa evolução nem sempre foi linear e crescente⁴⁰. Verificaram-se em diversos momentos, atitudes de hostilidade em relação à arbitragem, por parte dos poderes políticos⁴¹ ou judiciais estaduais⁴², que determinaram períodos de estagnação ou de retrocesso,

³⁸ EDUARDO ALVES DE SÁ, *Commentário ao Código do Processo Civil Portuguez*, cit., p. 108; LUÍS PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, “Arbitragem em Direito público: tentativa de aproximação histórica ao caso português”, cit., p. 38.

³⁹ THOMAS CLAY, *L'arbitre*, cit., p. 1.

⁴⁰ Importa salientar a posição do legislador francês⁴⁰ que, na época da Revolução francesa (Séc. XVIII), determinou na Constituição francesa, em termos mais do que claros, que o direito dos cidadãos de solucionar definitivamente os seus diferendos pela via da arbitragem não podia sofrer qualquer restrição pelos actos do poder legislativo⁴⁰. O artigo 1º do Decreto de 16 e 24 de Agosto de 1790 proclamava que “*L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tiendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis*”. Segundo Bruno de Fumichon, tratou-se verdadeiramente de uma declaração de preferência generalizada em relação à arbitragem, uma manifestação do liberalismo e do *favor arbitrandum* jamais vista na história francesa e pelo mundo fora. A Lei sobre a organização dos tribunais de 1800 (*Loi sur l'organisation des tribunaux*) previu no seu artigo 3.º reafirmou o facto de o direito dos cidadãos de resolver os seus diferendos por via da arbitragem não poder ser restringida⁴⁰. No entanto, o Código Civil de Napoleão que viria a ser aprovada em 1804, bem como o Código de Processo Civil de 1806 não trataram com profundidade a matéria da arbitragem. Por conseguinte, em França como na generalidade dos Estados estudados, as amarras legais e jurisprudenciais contra a arbitragem não permitiram o seu desenvolvimento (ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, “International Commercial arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence”, in *Louisiana Law Review*, Vol. 46, N.º 5, 1986, p. 1046; BRUNO DE LOYNES DE FUMICHON, “La passion de la révolution française pour l'arbitrage”, in *Revue de l'arbitrage*, 2014, N.º 1, p. 25; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 33).

⁴¹ Alguns autores relacionam o desenvolvimento da arbitragem com o surgimento ou fortalecimento da democracia. Segundo Alves de Sá: “*Entre as instituições sociais de qualquer ordem, ha sempre algumas, que, por nascerem das condições permanentes, estaticas, da evolução humana, apparecem em todos os povos, com o seu primeiro desenvolvimento, e existem ainda hoje com todos os elementos de vida. E acontece com algumas um phenomeno notavel. As que mais preponderam em o primeiro periodo da idade moderna, surgindo por algum tempo, desapareceram depois sob o longo evoluer-se das monarchias; tornam agora porem a resurgir, como se tivessem ficado latentes debaixo d'aquelle crescer do cesarismo moderno occidental, e agora que os cesarismos estão caducos, voltassem á luz e a influir no desenvolvimento social. Dá-se exactamente isto com a arbitragem*” (EDUARDO ALVES DE SÁ, *Commentário ao Código do Processo Civil Portuguez*, cit., pp. 107-108). Para Juan Fernández-Armesto, “(...) existe uma intensa correlação entre democracia e arbitragem, maior respeito pela liberdade do cidadão e maior apoio à força e, eficácia do pacto arbitral; no caso da arbitragem internacional, acrescenta-se uma segunda correlação que radica na abertura ao comércio internacional e ao investimento estrangeiro, maior aceitação e mais fiel aplicação dos Tratados em que se fundamenta a sua eficácia. Espanha é um magnífico exemplo destas correlações. A Lei de Arbitragem de 1953, de ‘influência autoritária’, simplesmente desconhecia a instituição da arbitragem internacional. A doutrina e a jurisprudência viam-na com grande desconfiança. Instaurada a democracia, Espanha aderiu em 1977 à CNI (20 anos depois da sua assinatura)” (JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO, “A arbitragem internacional na lei de arbitragem espanhola após a reforma de 2011”, in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2011, p. 215). A ideia segundo a qual a arbitragem não prospera num Estado autoritário e centralizador não está imune a críticas.

⁴² Ficou registado na Inglaterra o pronunciamento do LORD CAMPBELL que veio a provocar uma grande indignação relativamente à justificação do tratamento menos favorável que a arbitragem conheceu perante as jurisdições inglesas no século XIX. Foi por ele dito que os tribunais ingleses se

condicionando fortemente o seu desenvolvimento. Hoje, como nunca antes, a doutrina tem-se referido a nível internacional, com certa unanimidade opinativa, ao *favor arbitrandum* quando analisa as legislações e jurisprudências nacionais sobre arbitragem.

recusaram, durante o século XIX, a dar um tratamento favorável à arbitragem porque, na altura, a sua remuneração era tributária dos custos pagos pelos litigantes. *Kulukundis Shipping Co. v. Amtorg Trading Corp.*, 126 F. 2d 978, 983-984 (2d cir. 1942): “Lord Campbell explained the English attitude as due to the desire of the judges, at a time when their salaries came largely from fees, to avoid loss of income. Indignation has been voiced at this suggestion; perhaps it is unjustified”. “The doctrine,” he said [Lord Campbell], “had its origin in the interests of the judges. There was no disguising the fact that, as formerly, the emoluments of the Judges depended mainly, or almost entirely, upon fees, and as they had no fixed salaries, there was great competition to get as much as possible of litigation into Westminster Hall, and a great scramble in Westminster Hall for the division of the spoil (...) And they had great jealousy of arbitrations whereby Westminster Hall was robbed of those cases which came not into Kings Bench, nor the Common Pleas, nor the Exchequer. Therefore they said that the courts ought not to be ousted of their jurisdiction, and that it was contrary to the policy of the law to do so. That really grew up only subsequently to the time of Lord Coke, and a saying of his was the foundation of the doctrine.” *Scott v. Avery*, 25 L. J.Ex. 308, 313; the report of his remarks in 5 H.C.L. 811 is more meager [*Kulukundis Shipping Co. v. Amtorg Trading Corp.*, 126 F. 2d 978, 983 (2d cir. 1942)]; RONALD M. GREEN; EVAN J. SPELFOGEL; BARRY ASEN, “*Circuit City Stores, Inc. v. Adams*. The end of the long and winding road to a national policy favoring the arbitration of employment disputes”, in *Journal of American Review*, Vol. 1, 2002, p. 185; ROBERT ALEXANDER SCHWARTZ, “Can arbitration do more for consumers? The TILA Class Action reconsidered”, cit., p. 810, nota 4. Nos Estados Unidos da América, o *Federal Arbitration Act* foi promulgada em 1925, fruto da pressão exercida por um grupos empresariais junto do Congresso americano para reverter a situação que antes prevalecia. Segundo o princípio “*non-ouster*”, as partes não podiam eximir-se da jurisdição estatal por convenções de arbitragem ou por acordos relativos ao foro competente. As convenções de arbitragem não podiam ter efeitos obrigatórios até que o tribunal arbitral profira a sua sentença. Por conseguinte, a parte que vislumbasse a iminência de uma sentença desfavorável, interrompia o procedimento arbitral com recurso ao tribunal judicial (THOMAS E. CARBONNEAU, “International Arbitration – The United States”, in *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Gottwald; Schlosser (Org.), Gieseking-Verlag.Bielefeld, 1997, p. 876; SVEN SCHILF, *Os princípios UNIDROIT, o conceito do direito e a arbitragem internacional*, Marcial Pons, 2015, p. 62).

O *favor arbitrandum*⁴³ – também referido pelas expressões *favor arbitratus*⁴⁴, *favor arbitrati*⁴⁵, *favor arbitratis*⁴⁶, *favor arbitrationis*⁴⁷, *favor arbitralis*⁴⁸, *favor arbitri*⁴⁹, *favor arbitrii*⁵⁰, *favor arbitrandi*⁵¹, *favor validatis*⁵², *favor validitatis*⁵³,

⁴³ DÁRIO MOURA VICENTE, “Portugal e as Convenções Internacionais em matéria de arbitragem”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2007, p. 79; PAULA COSTA E SILVA, “A arbitrabilidade da pretensão anulatória de decisão arbitral: expansão da arbitragem a um domínio improvável?”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, Jan-Jun. 2015, p. 53; PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, 2009, p. 155; FRÉDÉRIC HENRY, “Les progrès de l’arbitrage: existe-t-il encore des pans entiers du droit qui, pour tous leurs aspects, ne peuvent donner lieu à l’arbitrage/arbitrabilité?”, in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l’arbitrage*, CEPANI, Bruylant, 2013, p. 192; MAURICE KRINGS, “Les limites de l’arbitrage”, in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l’arbitrage*, CEPANI, Bruylant, 2013, p. 217; BERNARD HANOTIAU, “*Favor arbitrandum*”, in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l’arbitrage*, CEPANI, Bruylant, 2013, pp. 233-244; ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum – Étude critique de droit comparé*, Université du Havre, 2017; SOFIA RIBEIRO MENDES, “Cinco anos de vigência da LAV: *Favor arbitrandum* na interpretação e aplicação jurisprudencial”, in *XI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2018, pp. 31-54.

⁴⁴ MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration – Law and Practice*, Third Edition, Juris, 2014, p. 1757, N. 45-7; STEFANO A. CERRATO, “La cláusula de arbitraje societário”, in *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer España, 2015, p. 31.

⁴⁵ GIOVANNI ZARRA, “Il principio del favor arbitrati e le convenzioni arbitrali patologiche nei contratti commerciali internazionali”, in *Rivista dell’arbitrato*, Ano XXV Fasc. 1, 2015, p. 135.

⁴⁶ JACOB DOLINGER; CARMEN TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, cit., pp. 134 e 368; CARMEN TIBURCIO, “Arbitragem no Brasil: Panorama dos últimos 15 anos”, in *Arbitragem – Temas Contemporâneos*, Quartier Latin, 2012, p. 77.

⁴⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 108, N. 32; PIERRE LALIVE, “Absolute Finality of Arbitral Awards”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2008, p. 126.

⁴⁸ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/96*, 3ª Edição Revista, Atualizada e Ampliada, Editora Atlas, 2009, p. 404; MARIA ELENA JARA VÁSQUEZ, “Decisiones de la Justicia Estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Um análisis desde la perspectiva del principio *favor arbitralis*”, in *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, N.º 3, 2011, pp. 163-164.

⁴⁹ PIERRE A. KARRER, “Is there a *Favor Iurisdictionis Arbitri*? Standards of Review of Arbitral Jurisdiction Decisions in Switzerland”, in *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 1996, Vol. 13, Issue 3, pp. 31-38; DANIEL WEHLI; MARCO STACHER, “Arbitration under the Swiss Rules”, in *International Commercial Arbitration – Different forms and their features*, Giuditta Cordero-Moss (Ed.), Cambridge University Press, 2013, p. 349; MARÍA ELENA JARA VÁSQUEZ, “Decisiones de la Justicia Estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Um análisis desde la perspectiva del principio *favor arbitralis*”, cit., pp. 163-164.

⁵⁰ PIERRE LALIVE, “Absolute Finality of Arbitral Awards”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2008, p. 126.

⁵¹ JOSÉ F. MERINO MERCHÁN; JOSÉ Mª CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, cit., p. 1486, N. 3077; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “Penalty clauses in international arbitration: a comparative snapshot”, in *World Arbitration & Mediation Review*, Vol. 11, N.º 4, LLC, 2017, p. 447.

⁵² JACOB DOLINGER; CARMEN TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, cit., p. 134: “(...) de acordo com o princípio do *favor validatis* ou *favor arbitratis*”.

⁵³ FABIEN GÉLINAS, “*Favor arbitrandum* et *favor validitatis*”, in Frédéric Bachand et Fabien Gélinas (Dir.), *D’une réforme à une autre: Regards croisés sur l’arbitrage au Québec*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013, p. 29; também disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2420117.

*favorem validitatis*⁵⁴, *favor arbitral*⁵⁵, *favor pro-arbitraje*⁵⁶, *faveur arbitrale*⁵⁷, *principe de faveur*⁵⁸, *pro-arbitration bias* ou *policy favoring arbitration*⁵⁹ – caracteriza desde a segunda metade do século XX o movimento da internacionalização do Direito da Arbitragem⁶⁰.

Mera ideia, filosofia⁶¹, movimento⁶², tendência⁶³, política⁶⁴, doutrina, critério interpretativo-decisional, directriz⁶⁵ ou princípio jurídico⁶⁶, as referências ao *favor*

⁵⁴ GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2e édition revue et augmentée, Weblaw, 2010, p. 124, N. 223; p. 125, N. 225; 130, N. 237; GABRIEL KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, Oxford, 2015, p. 114, N. 3.76; MATTHIAS SCHERER, “Note – Tribunal cantonal, Neuchâtel, 23 février 1999, in *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, 2000, Volume 18, Issue 2, pp. 350-358.

⁵⁵ ROBERT GAGO; WANDERLEY FERNANDES, “Extensão objectiva da cláusula arbitral”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2014, Vol. XI, Issue 43, p. 46. Os referidos autores falam também do princípio do “favor arbitragem” (p. 50).

⁵⁶ FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, 2011, p. 241.

⁵⁷ CHARLES JARROSSON, “Response to the report of Mr. Frédéric Henry”, in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l’arbitrage*, CEPANI, Bruylant, 2013, p. 207.

⁵⁸ THOMAS CLAY, “Préface”, in LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, Bruylant, 2012, p. 20; LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, Bruylant, 2012, p. 63.

⁵⁹ JEANETTE JAEGGI, “Ideologies of arbitration”, in *Journal of American Arbitration*, Vol. 1, 2002, p. 256.

⁶⁰ FABIEN GÉLINAS, “*Favor arbitrandum* et *favor validitatis*”, cit., p. 36. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2420117.

⁶¹ LAURENCE RAVILLON, “¿Qué queda del concepto de inarbitrabilidad?”, in *El orden público y el arbitraje*, Éric Loquin; Sébastien Manciaux (Dir.), Editorial Universidad del Rosario, 2016, p. 72; Disponível em: <https://doctrina.vlex.com.co/vid/queda-concepto-inarbitrabilidad-650404601>; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “The extension of the arbitration clause: update from Portugal”, Kluwer Arbitration Blog, May 8, 2015, n.º 1; LOUIS CHRISTOPHE DELANOY, “Le contrôle de l’ordre public au fond par le juge de l’annulation: trois constats, trois propositions”, in *Revue de l’arbitrage*, 2007, N.º 2, pp. 177-221.

⁶² FRÉDÉRIC HENRY, “Les progrès de l’arbitrage: existe-t-il encore des pans entiers du droit qui, pour tous leurs aspects, ne peuvent donner lieu à l’arbitrage/arbitrabilité?”, cit., p. 192; CHARLES JARROSSON, “Response to the report of Mr. Frédéric Henry”, cit., p. 208; MAURICE KRINGS, “Les limites de l’arbitrabilité”, cit., p. 217; LAURENCE RAVILLON, “¿Qué queda del concepto de inarbitrabilidad?”, cit., p. 58; LOUIS CHRISTOPHE DELANOY, “Le contrôle de l’ordre public au fond par le juge de l’annulation: trois constats, trois propositions”, in *Revue de l’arbitrage*, 2007, N.º 2, pp. 177-221; MEHMET POLAT KALAFATOGLU, *L’arbitrabilité en matière de propriété industrielle – Étude en droit de l’arbitrage international*, L’Harmattan, 2018, p. 32.

⁶³ MAURICE KRINGS, “Les limites de l’arbitrage”, cit., p. 217.

⁶⁴ JEAN BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l’épreuve de l’arbitrage*, LGDJ, 2013; ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 11.

⁶⁵ MARIA ELENA JARA VÁSQUEZ, “Decisiones de la Justicia Estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio *favor arbitralis*”, cit., p. 164.

⁶⁶ DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO; EZEQUIEL H. VETULLI, “Certezas e dúvidas sobre o novo Direito arbitral argentino”, in *Revista brasileira de Arbitragem*, Kluwer Law International, Vol. XII, Issue 49, 2016, p. 64; VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI; DIEGO LUIS ALONSO MASSA, “Should BIT dispute resolution clauses be treated as agreements between Investor and Host State”, in *Asian International Arbitration Journal*, Kluwer Law International, 2015, Vol. 11, N.º 1, p. 74.

arbitrandum dão conta da diversidade perceptiva sobre o tema. Não obstante o facto de ser largamente usado na literatura jurídica, o conteúdo e os contornos exactos do *favor arbitrandum* não se revelam, à primeira vista, em toda a sua extensão. Os estudos dedicados ao tema são incipientes. As tentativas da sua análise, em poucos artigos de doutrina, não dão conta de toda a sua complexidade. O *favor arbitrandum* faz parte daquelas noções a que todos os juristas recorrem por serem aparentemente claras, mas cujo conteúdo, sem um estudo sistemático ou analítico, permanece impreciso. *Quid sit favorem arbitrandum?*

III. Propomo-nos então estudar, nesta dissertação, o *favor arbitrandum*. A expressão tem amplo acolhimento na doutrina arbitral. A sua génese é relativamente recente, embora a locução latina pareça conferir-lhe uma certa antiguidade. Se a expressão “cláusulas patológicas” se deveu a FRÉDÉRIC EISEMANN⁶⁷, a expressão “favor arbitrandum” foi cristalizada na doutrina arbitral a nível internacional, através do notável artigo do Professor BERNARD HANOTIAU, da Universidade de Lovaina, intitulado “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, publicado, em 1994, no *Journal de Droit International*⁶⁸, e que se tornou um texto de referência para quem se interesse por essa temática.

IV. O tema da presente dissertação tem interesse académico e prático. No plano académico, interessa evidentemente analisar o que é o *favor arbitrandum*. É comum na literatura jurídica arbitral o facto de os diversos autores apontarem esta ou aquela disposição legal ou decisão dos tribunais como reveladora de um *favor arbitrandum*. Ora, perante um conjunto de disposições legais ou de manifestações jurisprudenciais de favorecimento da arbitragem, torna-se possível abstrair um princípio jurídico, tal como se pôde induzir, em vários ordenamentos jurídicos, o princípio da acção *de in rem verso*, a partir das suas manifestações legais v.g. no pagamento do indevido, na teoria de benfeitorias, etc.⁶⁹.

⁶⁷ FRÉDÉRIC EISEMANN, “La clause d’arbitrage pathologique”, *Études Minoli*, 1974, pp. 129 e ss..

⁶⁸ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, in *Journal de Droit International*, 1994, pp. 899-966.

⁶⁹ LUC SILANCE, “Un moyen de combler les lacunes en droit: l’induction amplifiante”, in *Logique et Analyse*, Vol. 10, N.º 37, p. 139.

Pretendemos, então, aqui identificar um princípio a partir das suas manifestações legais e jurisprudenciais para, posteriormente, determinar o seu preciso conteúdo. Como refere a Professora MICHÈLE GOBERT⁷⁰, a descoberta do princípio é a parte mais exaltante, mas a experiência ensina que o mais difícil consiste em determinar o seu conteúdo através das suas aplicações. O método juscientífico que iremos utilizar já fez escola. Trata-se da indução amplificante, própria para a elaboração dos princípios jurídicos. O exercício faz-nos, naturalmente, pensar no químico chamado a estudar a composição de determinada matéria e suas propriedades com vista à formulação de teorias e leis adequadas. Para estudar a composição, é preciso decompor. Só assim é que se chega ao átomo. É através das suas manifestações que identificaremos o princípio. Em que medida pode o princípio, uma vez enunciado, servir de base para solução de casos concretos que se apresentam ao julgador? Quais os seus limites? Quais os seus fundamentos?

No plano prático, as conclusões do estudo têm repercussões imediatas. A aplicação de um princípio jurídico pode, sem qualquer dúvida, fazer pender o resultado de um processo arbitral em benefício ou em prejuízo de uma das partes litigantes. O recente caso *Royal Football Club Seraing United vs. FIFA* e outros (2018) decidido pelo Tribunal de Apelação de Bruxelas é eloquente⁷¹. Foi questionada a validade da cláusula de arbitragem prevista nos estatutos da FIFA e que deu lugar à arbitragem do TAS entre a FIFA e FC Seraing, uma equipa de terceira divisão belga, de que resultou a condenação desta por ter celebrado Acordos *TPO* (*Third Party Ownership*) em relação aos seus jogadores.

O Tribunal de Apelação de Bruxelas decidiu, em acórdão datado de 29 de Agosto de 2018, que a cláusula arbitral prevista pelos estatutos da FIFA não preenchia o requisito de validade do artigo 1681.º do Código Judiciário belga que exige expressamente que a mesma se reporte a uma relação jurídica determinada (“*un rapport de droit déterminé*”). Para o Tribunal belga, a formulação da referida cláusula arbitral apresenta-se de tal modo ampla que se pode aplicar a qualquer tipo de litígios

⁷⁰ MICHÈLE GOBERT, “Réflexions sur les sources du droit et les principes d’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1992, p. 518: “Chaque fois, le gros de l’oeuvre semble alors accompli: la découverte. C’est la partie la plus exaltante. Mais l’expérience enseigne que le plus dur reste à faire qui consiste à déterminer le contenu du principe à travers ses applications”.

⁷¹ Disponível em : <http://www.iusport.es/resoluciones-judiciales/SENTENCIA-CORTE-APELACION-BRUSELAS-TAS-2018-anonimizada.pdf>

susceptíveis de surgir entre a FIFA e os seus membros. A FIFA invocou, sem sucesso, a aplicação do princípio do *favor arbitrandum* na interpretação da referida cláusula. Voltaremos mais adiante sobre este caso.

V. Por fim, outra razão da escolha do tema radica no facto de a República de Angola ter recentemente aderido à Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Com efeito, em 6 de Março de 2017, foi depositada pelo Governo angolano junto do Secretário-Geral das Nações Unidas a carta de adesão de Angola à Convenção de Nova Iorque. Esta adesão a uma das mais importantes convenções em matéria de arbitragem deve, em princípio, traduzir a vontade inequívoca de Angola ser um país amigo da arbitragem.

No entanto, sabe-se que algumas questões suscitam grande interesse nesta matéria, nomeadamente: a interpretação que se deva dar à noção de “ordem pública” referida no seu artigo V, 2), a aplicação do artigo VII em sede de reconhecimento de sentenças arbitrais proferidas com base numa convenção de arbitragem oral ou de sentenças arbitrais anuladas no seu país de origem. Trata-se de aspectos diferentes que podem ser analisados à luz do princípio do *favor arbitrandum*. A interpretação restrita da noção de “ordem pública” pode conduzir a um tratamento *in favorem* do critério da arbitrabilidade e a um mecanismo mais flexível de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. O reconhecimento de sentenças estrangeiras anuladas no seu país de origem à luz do artigo VII da CNI configura o chamado *favor recognitionis*.

2. Delimitação do objecto de estudo

I. Vai analisar-se, na presente dissertação, o *favor arbitrandum* enquanto proposição jurídica. Uma destrição impõe-se entre “favor” e “princípio do favorecimento” (ou favor jurídico). O “favor” *tout court* significa aquilo que se faz de maneira voluntária a alguém, sem imposição e sem causa justificativa, podendo até ser susceptível de chocar com o princípio da igualdade⁷². O “favor” é considerado como um fenómeno inscrito na natureza humana⁷³. Trata-se, segundo o Professor JACQUES

⁷² ISABELLE MEYRAT, “La faveur et le droit du travail”, in *La faveur et le droit*, Gilles J. Guglielmi (Dir.), PUF, 2009, p. 366.

⁷³ CLAUDINE HAROCHE, “Le besoin de préférence dans les mécanismes de la faveur”, in *La faveur et le droit*, Gilles J. Guglielmi (Dir.), PUF, 2009, p. 47.

CHEVALIER⁷⁴, de um fenómeno de ordem geral, transversal a todos os domínios da vida social, envolvendo um elemento de discricionariedade dependente de quem dispõe da faculdade de o conceder ou recusar⁷⁵.

O “princípio do favorecimento” não designa uma relação de favor instituído entre o seu dispensador e o seu beneficiário⁷⁶. Ele reporta-se a um critério de interpretação ou de decisão, em caso de dúvida, sobre a validade ou invalidade v.g. de um negócio jurídico. Traduz-se ainda numa regra para a solução de conflitos de normas determinando que, em caso de concurso, deve o juiz aplicar a que for mais favorável⁷⁷. Por conseguinte, a ideia do favorecimento não é estranha ao Direito.

II. Refira-se, em primeiro lugar, o *favor negotii*. O princípio do *favor negotii* orienta a interpretação, a integração e a concretização da disciplina do negócio no sentido de evitar a invalidade e de aproveitar o que for possível do acto ou do negócio jurídico, sempre que possível e nos limites do possível⁷⁸. O princípio do *favor negotii*, segundo o Professor CARVALHO FERNANDES⁷⁹, “radica na conveniência de, tanto quanto possível, salvar o comportamento negocial das partes e a ordenação autónoma de interesses por elas definida”.

O *favor negotii*, conforme o Professor PAIS DE VASCONCELOS⁸⁰, “não impõe absolutamente a validade, nem impede a invalidade mas, como princípio que é, influencia e aponta caminhos ao exercício jurídico em direcção à validade. A validade é preferível à invalidade e, assim, sempre que for possível, deve o intérprete e o

⁷⁴ O carácter unilateral do favor é questionável. O favor pode, nalgumas circunstâncias, ser gratuito e desinteressado. No entanto, a concessão de um favor é de natureza a criar um laço entre o dispensador e o beneficiário, sendo certo que o dispensador esperará, nalguns casos, retornos positivos da sua acção. O favor pode, nalguns casos, subverter as regras do jogo social e comprometer a coesão social, gerando permanentes situações de desigualdade entre indivíduos e grupos. O favor constitui também um elemento de regulação social, política e organizacional. Trata-se de uma espécie de “lubrificante” necessário contra o anonimato, a impessoalidade, corrigindo as insuficiências e as lacunas da organização formal, ou seja, um meio de “compra” da paz social (JACQUES CHEVALIER, “Postface”, in *La faveur et le droit*, Gilles J. Guglielmi (Dir.), PUF, 2009, p. 404 e *passim*).

⁷⁵ JACQUES CHEVALIER, “Postface”, cit., p. 403.

⁷⁶ ISABELLE MEYRAT, “La faveur et le droit du travail”, cit., p. 366.

⁷⁷ ISABELLE MEYRAT, “La faveur et le droit du travail”, cit., p. 368.

⁷⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª Edição, Almedina, 2015, pp. 658 e ss.; ALEXANDRE GUERRA, *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*, Almedina, 2016, pp. 172 e ss..

⁷⁹ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Quid Juris, Lisboa, 1993, p. 559.

⁸⁰ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 658 e *passim*; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Quid Juris, Lisboa, 1993, p. 674.

aplicador do direito tentar encontrar os processos e as soluções que evitem a invalidade. A invalidade é, pois, um último recurso, uma última solução que só deverá admitir-se depois de esgotadas todas as soluções que a evitem; quando, de todo em todo, não seja juridicamente possível evitá-la”.

No essencial, o princípio do *favor negotii* funda-se no propósito de proteger a existência dos actos e negócios jurídicos voluntários lícitos e a eficácia das suas consequências jurídicas⁸¹. A sua finalidade é a de sanar os vícios que afectam um determinado negócio quanto à sua forma, conteúdo ou fim. As suas manifestações legais nos Direitos angolano e português podem ser observadas, entre outros, nos regimes da redução e conversão dos negócios jurídicos plasmados nos artigos 292.º e 293.º do Código Civil.

O artigo 292.º do Código Civil dispõe que “A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada”. E, o artigo 293.º do Código Civil determina que “O negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade”.

Em sede de Direito Internacional Privado, o *favor negotii* ou o princípio da lei mais favorável constitui “um elemento de conexão original, pois parte *de uma comparação substancial* entre a lei *do país onde se levantar a questão*, habitualmente a *lei do foro*, a lei nacional, e a lei ou leis estrangeiras que a impregnaram. E conclui-se pela aplicação da lei que for mais favorável, seja à validade do ato, ou ao menor ou incapaz, ao filho, ao pupilo, ao alimentando, ao devedor, ao herdeiro legítimo”⁸².

O artigo 19.º do Código Civil é um exemplo elucidativo⁸³. A sua compreensão implica, no entanto, uma breve referência aos artigos 16.º a 18.º do Código Civil. O

⁸¹ Disponível em: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/favor-negotii/favor-negotii.htm>; ALEXANDRE GUERRA, *Princípio da conservação dos negócios jurídicos* ..., p. 176: “o Princípio da conservação dos negócios jurídicos distancia-se do plano das regras e assume posição de primazia. Justifica a plêiade de possibilidades de aplicações concretas no processo de interpretação jurídica. Não se trata de um comando que visa reger uma situação jurídica específica. Por força da elasticidade e da fluidez próprias dos princípios jurídicos, nas palavras de Felipe Clemente de Diego invocadas por Marino, possibilita a ‘fecundidade e flexibilidade maravilhosas de que estão dotados por sua própria essência’”.

⁸² HAROLDO VALLADÃO, *O princípio da Lei mais Favorável no DIP*, p. 53.

⁸³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, 2003, p. 1135, nota de rodapé n.º 213 (“Cf. manifestações particulares deste princípio nos artigos 19.º, n.º 1, 28.º, 31.º, n.º 2, 36.º e 65.º CC port.” (e angolano)).

Direito Internacional Privado angolano ou português conhece o mecanismo do reenvio, admitindo que o Direito estrangeiro aplicável reenvie para o Direito nacional ou para o Direito de um terceiro Estado⁸⁴. A figura do reenvio concretiza-se quando a lei estrangeira seleccionada pela norma nacional de conflitos não se considera aplicável, antes remetendo para outra ordem jurídica, que poderá ser a ordem jurídica angolana ou portuguesa ou a de um terceiro Estado⁸⁵.

Assim, se o Direito Internacional Privado do sistema jurídico apontado pela norma de conflitos angolana ou portuguesa remeter para a legislação de um terceiro Estado e esta se considerar competente para regular a situação, impõe-se a aplicação da legislação indicada⁸⁶. No entanto, o artigo 19.º do Código Civil determina a cessação dos efeitos do reenvio para o sistema jurídico nacional ou de um terceiro Estado quando da aplicação do reenvio resulte a invalidade ou ineficácia de um negócio jurídico que seria válido ou eficaz se se aplicasse directamente o Direito interno da lei referenciada pela norma de conflito ou resulte a ilegitimidade de um estado que de outro modo seria legítimo. Está-se em presença de uma clara manifestação de *favor negotii*.

O *favor testamenti* que constitui uma das aplicações do *favor negotii*, consiste na regra segundo a qual “*in dubio pro testamento*”. Se houver no testamento disposições contraditórias ou ambíguas, deve-se interpretá-las no sentido que lhes dê eficácia. O intérprete deve pender para a solução que favoreça a validade e eficácia do testamento.

III. Outro exemplo é o princípio do *favor laboratoris*. De modo unânime, o princípio é entendido como um critério de interpretação e de resolução de conflitos de fontes. Assim, para o Professor JOÃO LEAL AMADO⁸⁷, “o *favor laboratoris* perfila-se (...) como uma técnica de resolução de conflitos entre lei e convenção colectiva, pressupondo que, em princípio, as normas juslaborais possuem um carácter relativamente imperativo (...)”. O *favor laboratoris* ou *principe de faveur* (na doutrina francesa) dita a prevalência da regra mais favorável, existindo um conflito entre a lei e a convenção colectiva de trabalho.

⁸⁴ Veja-se: PILAR BLANCO-MORALES, *Direito Internacional Privado. Portugal*, cit., p. 42; disponível em: http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6417/jurismatesp_33-60.pdf

⁸⁵ PILAR BLANCO-MORALES, *Direito Internacional Privado. Portugal*, cit., p. 42.

⁸⁶ PILAR BLANCO-MORALES, *Direito Internacional Privado. Portugal*, cit., p. 42.

⁸⁷ JOÃO LEAL AMADO, “Tratamento mais favorável e art. 4.º, n.º 1, do Código do Trabalho português: o fim de um princípio?”, in *Droit social*, N.º 1, 2003, p. 74.

Para o Professor JEAMMAUD⁸⁸, o princípio do *favor laboratoris* designa duas regras distintas⁸⁹. A primeira reporta-se às condições de elaboração ou de validade das regras do Direito do trabalho, tendo a lei uma função tutelar e as convenções colectivas uma vocação a prever disposições mais favoráveis para o trabalhador⁹⁰. Assim, o *favor laboratoris* apresenta-se como uma condição de validade das normas infra-legais⁹¹. A segunda é uma regra de solução de conflitos das normas, segundo a qual, em caso de concurso, o juiz deva aplicar a que for mais favorável ao trabalhador⁹².

A Professora PALMA RAMALHO⁹³ também aborda no mesmo sentido, ao considerar que “o princípio do *favor laboratoris* é a projecção do princípio laboral geral de protecção do trabalhador em matéria de interpretação e de conflitos de fontes, bem como na articulação entre as fontes e o contrato de trabalho”. Na sua vertente conflitual, é relevante como critério de resolução de conflitos entre as fontes laborais e o contrato de trabalho⁹⁴. Na sua vertente interpretativa, afirma a referida autora, pode servir de critério de resolução de dúvidas sobre o sentido a atribuir às declarações negociais⁹⁵. É neste último ponto que aparece alguma divergência na doutrina.

Com efeito, o Professor MOTTA VEIGA⁹⁶ considera que o *favor laboratoris* não resolve as dúvidas sobre o sentido e o alcance das normas, e – muito menos – das declarações negociais. Segundo ele⁹⁷, “o princípio do ‘favor laboratoris’, como critério

⁸⁸ ANTOINE JEAMMAUD, “Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente”, in *Droit social*, N.º 2, 1999, p. 115; ISABELLE MEYRAT, “La faveur et le droit du travail”, cit., p. 367.

⁸⁹ ANTOINE JEAMMAUD, “Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente”, cit., p. 115; ISABELLE MEYRAT, “La faveur et le droit du travail”, cit., p. 367.

⁹⁰ ISABELLE MEYRAT, “La faveur et le droit du travail”, cit., p. 367.

⁹¹ Art. 4.º, n.º 1 do Código do Trabalho português: “As normas deste Código podem, sem prejuízo do disposto no número seguinte, ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”. Para o Professor João Leal Amado, o disposto no art. 4.º, n.º 1, do Código do Trabalho traduz o fim do princípio do *favor laboratoris* relativamente à contratação colectiva, uma vez que dele se extrai que “em princípio, o Direito do Trabalho legislado possui um carácter facultativo ou supletivo face à contratação colectiva – ou seja, conclui-se que as normas legais serão, em regra, normas “convénio-dispositivas”, isto é, normas livremente afastáveis por convenção colectiva”. (JOÃO LEAL AMADO, “Tratamento mais favorável e art. 4.º, n.º 1, do Código do Trabalho português: o fim de um princípio?”, cit., pp. 74 e ss.).

⁹² ISABELLE MEYRAT, “La faveur et le droit du travail”, cit., p. 368.

⁹³ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte II, Almedina, 2006, p. 201 e ss..

⁹⁴ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, II, cit., p. 202; GUILHERME DRAY, *O Princípio da Protecção do Trabalhador*, Almedina, 2015, pp. 487 e ss..

⁹⁵ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, II, cit., p. 202; GUILHERME DRAY, *O Princípio da Protecção do Trabalhador*, cit., pp. 487 e ss..

⁹⁶ ANTÓNIO JORGE DA MOTTA VEIGA, *Lições de Direito do Trabalho*, 8ª edição revista e actualizada, Universidade Lusíada, Lisboa, 2000, p. 129.

⁹⁷ ANTÓNIO JORGE DA MOTTA VEIGA, *Lições de Direito do Trabalho*, cit., p. 129.

interpretativo das normas de direito do trabalho, serve especialmente para determinar se uma norma *preceptiva* tem conteúdo *mínimo* ou, antes, conteúdo *fixo* ou *máximo*, pois, no primeiro caso, ela consentirá a melhoria do tratamento do trabalhador por norma hierarquicamente inferior ou por cláusula de contrato de trabalho e, nos outros, não. Isto porque, regra geral, os preceitos laborais não referem explicitamente o seu carácter mínimo, máximo ou fixo”⁹⁸. Por conseguinte, para o referido autor, o *favor laboratoris* tem carácter *excepcional* em relação aos critérios gerais da hermenêutica consagrados na lei civil.

No dizer do referido autor⁹⁹, “(...) a máxima do *favor laboratoris*, dada a sua excepcionalidade, não deve ser susceptível de aplicação extensiva ou analógica, para o efeito de interpretar normas que admitam mais de um sentido, ou para integrar lacunas da lei. Na realidade, nada autoriza, em tais hipóteses, a afastar a aplicação dos princípios gerais da hermenêutica jurídica para determinar o verdadeiro sentido da norma a aplicar. Por estas razões, entendemos não ser de perfilhar a doutrina que pretende conferir aplicação generalizada ao princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, erigindo-o em regra dominante de interpretação e aplicação do Direito do trabalho, sob a fórmula ‘*in dubio pro laboratore*’, paralela à do ‘*in dubio pro reo*’ do direito penal”.

Numa obra recentemente publicada, o Professor MENEZES CORDEIRO¹⁰⁰ discerne claramente cinco dimensões no princípio do *favor laboratoris*. Tratar-se-ia de um princípio de política legislativa, um ditame de interpretação, uma máxima probatória, um afloramento de certos princípios ou uma norma de conflitos. Enquanto princípio de política legislativa, o *favor laboratoris* serve de guião ao legislador no sentido de os diplomas legais conterem medidas favoráveis aos trabalhadores¹⁰¹. Como ditame de interpretação, o *favor laboratoris* leva a escolher, perante fontes que

⁹⁸ O exemplo dado é o seguinte: uma determinada norma laboral diz que a retribuição do trabalho nocturno será superior em 25% por cento à do trabalho diurno. “Da letra do preceito poderia concluir-se, à primeira vista, que aquele acréscimo de remuneração era fixo e não mínimo. Mas como nada na sua letra impõe tal entendimento, nem outro preceito do diploma em causa impede neste caso a aplicação do princípio do ‘favor laboratoris’, de harmonia com a regra fundamental do art. 13.º n.º 1 da LCT, deve presumir-se que tal norma tem carácter mínimo, e consente, portanto, que o trabalho nocturno tenha retribuição superior, se outra norma, embora de hierarquia mais baixa, ou cláusula de contrato de trabalho. Assim o estabeleceram” (ANTÓNIO JORGE DA MOTTA VEIGA, *Lições de Direito do Trabalho*, 4ª Edição, Universidade Lusíada, Lisboa, 1992, p. 156).

⁹⁹ ANTÓNIO JORGE DA MOTTA VEIGA, *Lições de Direito do Trabalho*, cit., pp. 132-133.

¹⁰⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, I, Almedina, 2018, p. 337.

¹⁰¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, I, cit., p. 337.

apresentem vários sentidos, o sentido que mais favorável se mostre aos trabalhadores¹⁰². Na vertente de máxima probatória, o *favor laboratoris* daria ao ónus da prova uma feição particular, ou seja, “na dúvida, ter-se-iam por não verificados os factos desfavoráveis aos trabalhadores”¹⁰³. O *favor laboratoris* pode ser encarado como uma projecção de princípios como o da tutela da parte fraca, da igualdade ou da não-discriminação¹⁰⁴. Por fim, como norma de conflitos, o *favor laboratoris* implica que, num concurso de fontes laborais, prevaleça a que for mais favorável aos trabalhadores¹⁰⁵.

IV. Pode-se referir, em último lugar, ao *favor rei*, também conhecido por *favor innocentiae*, *favor libertatis* ou *in dubio pro reo*. Trata-se de um princípio que respeita ao Direito probatório. Este princípio traduz a primazia do direito de liberdade do acusado face ao direito de punir do Estado. Ele significa que, na dúvida, deve sempre prevalecer o interesse do réu. Para CAVALEIRO DE FERREIRA¹⁰⁶, “a presunção de inocência do arguido implica que, sendo incerta a prova, se não use de um critério formal como o resultante do ónus legal da prova para decidir da condenação do réu, a qual terá sempre de assentar na certeza dos factos probandos. Mas não há que interpretar as leis em sentido favorável ao réu”. Trata-se, por conseguinte, de um princípio relativo à prova e não à matéria de interpretação. Em sentido contrário, entende EDUARDO CORREIA¹⁰⁷ que este princípio manda ao intérprete, em caso de dúvida na interpretação da lei penal, seguir aquela das interpretações que mais favoreça o réu.

V. O *favor arbitrandum* é, por conseguinte, uma das aplicações do favor jurídico. O favor jurídico como proposição normativa apresenta-se fundamentalmente como um critério de interpretação ou de decisão, em caso de dúvida, (v.g. *favor negotii*, *favor testamenti* ou *favor rei*) ou de resolução de conflitos de normas (v.g. *favor*

¹⁰² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 338.

¹⁰³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 339.

¹⁰⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 339.

¹⁰⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 339.

¹⁰⁶ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, 1981, 1.º-111; JOÃO MELO FRANCO; HERLANDER ANTUNES MARTINS, *Dicionário de conceitos e Princípios jurídicos*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 493-494.

¹⁰⁷ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, 1963, I-150; JOÃO MELO FRANCO; HERLANDER ANTUNES MARTINS, *Dicionário de conceitos e Princípios jurídicos*, cit., p. 493-494.

laboratoris). O favor jurídico pode, conforme refere o Professor JEAMMAUD¹⁰⁸, elevar-se ao nível de princípio jurídico supralegal, v.g. no Direito do trabalho, na medida em que influencia a elaboração e a validade da lei e das convenções colectivas do trabalho. Como refere ainda um autor brasileiro¹⁰⁹, “*o favor jurídico, como princípio de direito, é aplicado no campo do Direito penal, consumerista e tributário. Agora, também, em sede arbitral*” (O itálico é nosso).

VI. Constitui escopo precípua desta dissertação, a identificação de um princípio jurídico, determinando-se o seu conteúdo, os seus limites e fundamentos. O *favor arbitrandum* pode ser analisado como proposição descritiva ou como proposição normativa. Enquanto proposição descritiva, o “*favor arbitrandum*” é, em sentido amplo, uma proposição pela qual os doutrinadores traduzem as grandes tendências do conjunto de normas que compõem o Direito positivo da arbitragem, as quais apontam para a legitimidade, validade e eficácia do procedimento arbitral¹¹⁰. Mas, encarado desta maneira, quase tudo poderá ser reconduzido ao *favor arbitrandum*, o que lhe retiraria qualquer interesse como princípio jurídico que possa servir na solução de casos concretos. Um critério mais restrito deve servir de guião.

São reconduzíveis ao *favor arbitrandum* as soluções legais ou jurisprudenciais que, na dúvida, favoreçam a arbitragem. Assim, traduzem o *favor arbitrandum*, em sentido restrito, as soluções legais ou jurisprudenciais que determinam que: (i) entre a validade ou invalidade da convenção de arbitragem, deva ser preferida a sua validade; (ii) entre a competência ou incompetência do tribunal arbitral, deva ser favorecida a sua competência; e, (iii) entre a validade ou invalidade da sentença arbitral, deva optar-se pela sua validade.

Este triplo critério permite arredar do âmbito do presente estudo algumas manifestações normativas ou jurisprudenciais que, embora visando a promoção e eficácia do procedimento arbitral, não satisfazem qualquer uma destas alternativas ou

¹⁰⁸ ANTOINE JEAMMAUD, “Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente”, cit., p. 115; ISABELLE MEYRAT, “La faveur et le droit du travail”, cit., p. 367.

¹⁰⁹ PEDRO BATISTA MARTINS, “Autonomia da cláusula compromissória”, in *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 2; disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-n...rte-artigos-dos-professores/autonomia-da-clausula-compromissoria>

¹¹⁰ Veja-se em relação ao “princípio de faveur” no Direito do trabalho: Cass. soc., 17 juill. 1996, p. 1049, concl. P. Lyon-Caen. Le principe de faveur est une proposition descriptive par laquelle “les juristes dogmaticiens rendent compte de manière synthétique du contenu et des grandes tendances de l’ensemble des normes composant le droit positif” (ISABELLE MEYRAT, “La faveur et le droit du travail”, cit., p. 367).

são atribuíveis pura e simplesmente ao princípio da autonomia da vontade. Pode-se referir, por exemplo, a tendência generalizada de se admitir a resolução arbitral dos litígios, de conferir maior liberdade às partes na conformação do processo arbitral – a liberdade de escolha dos árbitros; da lei aplicável ao mérito da causa¹¹¹; da sede da arbitragem; de regras aplicáveis ao procedimento arbitral; da língua a utilizar no processo arbitral; de as partes, de comum acordo, afastarem a aplicação do dispositivo do regulamento de um órgão arbitral institucional que limite a escolha de árbitros à respectiva lista de árbitros (v.g. o artigo 13.º da lei brasileira sobre a arbitragem)¹¹² –, de conferir aos árbitros maior liberdade v.g. na escolha do Direito aplicável para a apreciação do mérito da causa, *etc.*¹¹³.

Algumas normas constantes de legislações sobre a arbitragem que reforçam a eficácia da arbitragem devem-se à sua natureza jurisdicional, à necessidade do respeito pelos princípios processuais fundamentais que garantam uma justiça credível, à falta do *jus imperium* dos árbitros ou à necessidade de uma regulação da competência entre tribunais judiciais e tribunais arbitrais. São exemplos delas as normas sobre as garantias de independência e imparcialidade dos árbitros¹¹⁴, o respeito pelos princípios da

¹¹¹ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo ...*, cit., p. 411: “Parafraseando Amílcar de Castro, a liberdade das partes na escolha da lei que querem ver aplicada ao contrato é a mesma de um pássaro na gaiola. Com tal alegoria, o mestre mineiro lembrava que a vontade das partes, seja nos termos da Lei de Introdução do Código Civil, seja no âmbito da legislação privada, não conduzia os contratantes a vôo muito alto, pois o legislador procurava tolher a escolha impondo cerco feroz à vontade dos contratantes, sempre temendo fraude ou lesão à ordem pública, aos bons costumes e aos interesses nacionais”.

¹¹² A. FERRER CORREIA, “Do Direito aplicável pelo árbitro internacional ao fundo da causa”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001, p. 4; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, “L’arbitrage international dans la récente loi portugaise sur l’arbitrage volontaire (Loi n.º 31/86, du 29 août 1986) – Quelques réflexions”, in *Droit International et Droit Communautaire*, Fondation Calouste Gulbenkian, Paris, 1991, p. 56; MARIA HELENA BRITO, “As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões”, in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Almedina, 2012, pp. 40 e 42.

¹¹³ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROSAS; SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO; GONZALO STAMPA, *Principios Generales del Arbitraje*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 27-71; EDUARDO GREBLER, “A revelia no processo arbitral brasileiro”, in Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez, *Reflexões sobre arbitragem*, Editora LTR São Paulo, p. 322). Veja-se também: DÁRIO MOURA VICENTE, “L’évolution récente du droit de l’arbitrage au Portugal”, in *Direito Internacional Privado – Ensaaios*, Vol. I, Almedina, 2002, p. 328; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra Editora, 1990, p. 104; CARMINE PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, Tomo Secondo, Cedam, 2012, p. 13; MIGUEL GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Thomson Reuters, 2018, pp. 285-286; CATARINA MONTEIRO PIRES; RUI PEREIRA DIAS, “Arbitragem internacional e autonomia privada: Primeiras reflexões”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, p. 233 e ss..

¹¹⁴ É jurisprudência assente em França, por exemplo, que: “*L’indépendance est de l’essence de la fonction juridictionnelle*” [Paris, 2 juin 1989 (Sté T.A.I.), Paris, 2 juin 1989 (Gemanco), *Rev. arb.* 1991, 87 (1^{er} et 2^e esp.), obs. CL. REYMOND in *Rev. arb.*, 1991, p. 3; Paris, 2 juill. 1992 (Raoul Duval),

igualdade das partes e do contraditório¹¹⁵, o dever de fundamentação das sentenças arbitrais, a presunção de renúncia quanto à alegação de vícios (“*estoppel*”) ou o apoio dado aos tribunais arbitrais pelos tribunais judiciais. Não se pode também reconduzir a uma manifestação do *favor arbitrandum* algum aproveitamento feito das sentenças arbitrais, v.g. nos casos de sentenças proferidas *ultra petita*, por ser comum às sentenças judiciais. Por exemplo, a sentença judicial *ultra petita* não deve ser anulada pelo tribunal, mas reduzida aos limites do pedido¹¹⁶.

VII. Alguns autores¹¹⁷ analisaram o *favor arbitrandum* como uma política legislativa ou judicial para a promoção da arbitragem¹¹⁸. De acordo com JEAN BILLEMONT¹¹⁹, a política do *favor arbitrandum* leva à utilização do Direito como instrumento visando encorajar o recurso à arbitragem. Tal política, ora promove a eficácia do acordo das partes à arbitragem, reforçando a sua liberdade contratual – ainda que nalgumas situações seja protelada a protecção dos interesses públicos ou da parte mais fraca, ora limita essa mesma liberdade, favorecendo o próprio instituto da arbitragem.

Segundo ABOUBAKRY NIANG¹²⁰, o *favor arbitrandum* traduz “uma orientação que apenas se revela ao observador através das suas manifestações, existindo em definitivo não o *favor arbitrandum* como tal, mas soluções *in favorem arbitrandum*”¹²¹. Assim, as soluções *in favorem arbitrandum* revelariam uma política legislativa ou judiciária, visando a realização e a eficácia da arbitragem a todos os níveis do seu

Rev. arb., 1996, 441 (1re esp., obs. PH. FOUCHARD, p. 325]; Veja-se: JACQUES VAN COMPERNOLLE; GIUSEPPE TARZIA, *L'impartialité du Juge et de l'Arbitre – Étude de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 199; CATHERINE KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, PUF, 2013, p. 470.

¹¹⁵ CATHERINE KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, cit., p. 472: “Le droit de l’arbitrage ne peut pas s’abstraire des principes fondamentaux de la procédure”.

¹¹⁶ Veja-se por exemplo: ELPÍDIO DONIZETTI, *Curso didáctico de direito processual civil*, Editora Atlas, 2010, p. 573.

¹¹⁷ Sobre esta questão, veja-se em geral: JEAN BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l’épreuve de l’arbitrage*, LGDJ, 2013, pp. 259 e ss.; ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 458.

¹¹⁸ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., pp. 24-25.

¹¹⁹ JEAN BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l’épreuve de l’arbitrage*, cit., p. 259 e *passim*; ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., pp. 24-25.

¹²⁰ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 11.

¹²¹ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 11. “Dans une perspective plus générale, la faveur pour l’arbitrage correspond à une politique étatique dont le propre est d’*utiliser le droit comme outil destiné à encourager le recours à cette procédure*’ et à en promouvoir l’efficacité à tous les stades. Ainsi compris, elle traduit une orientation qui ne se révèle à l’observateur qu’au travers de ses manifestations. Ainsi, pourrait-on dire, le *favor arbitrandum* n’existe pas à proprement parler. Il n’y a, en définitive, que des solutions *in favorem arbitrandum*”.

processo¹²². Para este autor, são manifestações do *favor arbitrandum* as soluções que promovendo a arbitragem, não encontram, de modo satisfatório, a sua justificação legal nos institutos jurídicos conhecidos, mas numa lógica puramente pragmática que não obedece rigorosamente a um raciocínio jurídico integrado por uma sucessão de etapas que sempre assentem numa premissa de base¹²³.

A política do *favor arbitrandum* procederia de uma lógica pragmática, ou seja de uma concepção do Direito reticente ao raciocínio silogístico¹²⁴. O Direito é considerado na óptica de uma experiência empírica, de modo que as consequências prevalecem sobre as premissas¹²⁵. O *favor arbitrandum* caracterizar-se-ia pela flexibilidade do seu raciocínio, que não obedece rigorosamente a uma sucessão de etapas conforme à premissa de base¹²⁶. Tal pragmatismo sustentar-se-ia por um conjunto de princípios jurídicos para assegurar a sua aplicabilidade¹²⁷.

Contando com o “factor tempo”, o *favor arbitrandum* demonstraria um pragmatismo na elaboração das normas¹²⁸. Trata-se, segundo este autor, de manter uma regra clássica e, progressivamente, dar-lhe um sentido suplementar mais liberal, v.g. a regra da autonomia da cláusula compromissória. O pragmatismo do *favor arbitrandum* revelar-se-ia também na implementação das regras sobre arbitragem, ou seja, através de um pragmatismo interpretativo extensivo em termos de sentido e alcance normativos. Novas realidades podem ser incluídas para atingir determinada finalidade com base num raciocínio jurídico apoiado em princípios jurídicos que, deixando inalteradas as bases, dilatam em extremo os contornos da norma¹²⁹.

¹²² “La politique du *favor arbitrandum* (...) s’appuie sur un certain nombre de principes juridiques pour assurer sa vigueur. Elle fonde la finalité qu’elle se donne sur un raisonnement juridique dont les bases restent les mêmes, mais dont les contours se dilatent à l’extrême pour faire entrer dans leur giron de nouvelles réalités. Il suffit, en effet, qu’une solution permette de réaliser la finalité de faveur pour l’arbitrage pour que le raisonnement ailleurs développé déploie ses outils pour la rendre possible. Il s’agit ici d’un pragmatisme interprétatif extensif de sens et de portée. À l’opposé, ce pragmatisme interprétatif prend une forme plus restrictive par sa tendance à circonscrire les contours de la règle pour en exclure des solutions contraires à la politique de faveur. L’exclusion du champ de l’arbitrage de certaines exigences de l’article 6 de CEDH sur le procès équitable est à cet égard très instructive” (ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 24)

¹²³ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 21.

¹²⁴ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 21.

¹²⁵ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 21.

¹²⁶ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 21.

¹²⁷ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 24.

¹²⁸ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 22.

¹²⁹ “La politique du *favor arbitrandum* (...) s’appuie sur un certain nombre de principes juridiques pour assurer sa vigueur. Elle fonde la finalité qu’elle se donne sur un raisonnement juridique dont les bases restent les mêmes, mais dont les contours se dilatent à l’extrême pour faire entrer dans

A política do *favor arbitrandum* apoiar-se-ia num duplo pragmatismo interpretativo e qualificativo por parte do juiz¹³⁰. Estas soluções pragmáticas a favor do desenvolvimento da arbitragem são sustentadas por princípios jurídicos bastante “elásticos”, como o denominado “princípio da autonomia”, o qual abrangeria, quer a autonomia privada, quer a autonomia transnacional da arbitragem.

A conclusão a que chegou NIANG ilustra o prisma pelo qual abordou o tema. Não é este o ângulo da nossa abordagem. Sem desprimor pelo estudo realizado pelo referido autor, importa salientar que pretendemos aqui proceder à abstracção de um princípio a partir das suas manifestações e teorizá-lo, e não estudar uma “política” que tende, pelos traços acima referidos, a ser algo “extra-jurídico”.

VIII. Como proposição normativa, o *favor arbitrandum* é um princípio jurídico. A Professora VAN DE CASTEELE¹³¹ afirmou *ex professo* que o princípio do favorecimento existe no Direito da Arbitragem, embora a jurisprudência não o tenha ainda revelado em toda a sua extensão. Tal princípio penetra o Direito da Arbitragem em todas as suas ramificações¹³².

Os Professores FERNÁNDEZ ARROYO e EZEQUIEL VETULLI¹³³ definiram o *favor arbitrandum* como “um princípio emanado da sólida tendência doutrinária, jurisprudencial e normativa em favor da arbitragem. Basicamente, postula que, nos casos de dúvida, deve-se adotar uma solução mais favorável à arbitragem, podendo

leur giron de nouvelles réalités. Il suffit, en effet, qu’une solution permette de réaliser la finalité de faveur pour l’arbitrage pour que le raisonnement ailleurs développé déploie ses outils pour la rendre possible. Il s’agit ici d’un pragmatisme interprétatif extensif de sens et de portée. À l’opposé, ce pragmatisme interprétatif prend une forme plus restrictive par sa tendance à circonscrire les contours de la règle pour en exclure des solutions contraires à la politique de faveur. L’exclusion du champ de l’arbitrage de certaines exigences de l’article 6 de CEDH sur le procès équitable est à cet égard très instructive” (ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 24)

¹³⁰ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., pp. 24-25.

¹³¹ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, Bruylant, 2012, p. 63.

¹³² LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 63. No seu dizer: “*Le principe de faveur existe. Il faut le révéler. Même si la jurisprudence ne l’a pour l’heure pas encore formalisé comme tel, le principe de faveur est un véritable principe normatif qui innerve le droit (...) de l’arbitrage (...)*”. Segundo a referida autora, o princípio do *favor arbitrandum* procede de uma lógica teleológica e pragmática (p. 64).

¹³³ DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO; EZEQUIEL H. VETULLI, “Certezas e dúvidas sobre o novo Direito arbitral argentino”, cit., p. 64; DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO; EZEQUIEL H. VETULLI, “The new Argentinian arbitration law: a train in an unknown direction”, in *Arbitration International*, Oxford, 2016, pp. 9-11.

aplicar-se tanto às questões relativas à validade do acordo arbitral quanto ao seu alcance e execução”.

A definição destes dois autores tem o mérito de analisar o *favor arbitrandum* como um princípio jurídico, e não como uma ideia ou uma política de favorecimento da arbitragem. Tal princípio determina uma presunção de validade da cláusula arbitral, tratando-se de questões relativas à sua validade, alcance ou execução. Contudo, o conteúdo dado ao princípio do *favor arbitrandum* pelos referidos autores não tem em conta o carácter plurifacetado que o mesmo apresenta. É precisamente este princípio jurídico que pretendemos aqui analisar em toda a sua extensão.

3. Sobre os princípios jurídicos

I. Do latim “*principium*”, a palavra “princípio” tem diversas acepções. O princípio é definido como o começo, o início, a origem ou, então, a causa de algo. No âmbito da filosofia ¹³⁴, os princípios são “pontos de partida” de instituições fundamentais¹³⁵. Em Direito, os princípios apresentam-se como pontos de referência que “informam” a ordem jurídica e se situam antes das normas ou delas são “desentranhados”¹³⁶. É comumente admitido que os princípios jurídicos são “pautas orientadoras da norma jurídica”, ideias directrizes susceptíveis de orientar a resolução de casos concretos ¹³⁷. Trata-se de “uma intenção prática que se deve

¹³⁴ Pode-se citar o *cogito ergo sum* de Descartes, que o considera como o “primeiro princípio” de tudo quanto existe no mundo (*Discours de la méthode*, VI^e partie. Comp. Pascal: Pensées, 1 et 282); PATRICK MORVAN, *Les Principes Généraux du Droit et la Technique des visas dans les arrêts de la Cour de Cassation*, p. 2; Disponível em: https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf.

¹³⁵ NELSON SALDANHA, *Filosofia do Direito*, Renovar, 1998, p. 200.

¹³⁶ NELSON SALDANHA, *Filosofia do Direito*, cit., p. 200; A. MENEZES CORDEIRO, “Princípios Gerais de Direito”, in *Polis*, Vol. 4, 1986, p. 1490; MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973, p. 345; ANTÔNIO PINTO PEREIRA, *Princípios Gerais de Direito*, 1^a Edição, Coimbra Editora, 2013, pp. 137-138; ANGEL LATORRE, *Introdução ao Direito*, 5^a Reimpressão, Almedina, 2002, p. 87.

¹³⁷ Veja-se: KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 7^a Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 216; JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral, Uma perspectiva Luso-Brasileira*, 11^a Edição, Almedina, 2001, p. 406; Para Thomas Clay, “Le principe normatif est défini comme une norme juridique première *extra legem* qui prolifère en dehors du *jus scriptum*. Il exerce une action fondamentale sur le droit positif et bouleverse la logique hiérarchique des normes en évinçant ou prorogeant la loi contre la volonté du législateur” (Veja-se o Prefácio de THOMAS CLAY, tese de LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 19).

reconhecer como fundamento normativo e momento constitutivo do Direito”¹³⁸, sendo caracterizados pela sua ductilidade, ou seja, pela indeterminação que deles predica¹³⁹.

A relevância dos princípios jurídicos é fruto da evolução do pensamento jurídico. A sua juridicidade foi objecto de análise pelas principais correntes filosófico-jurídicas¹⁴⁰. O jusnaturalismo afigura-se como uma corrente de filosofia que

¹³⁸ FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª Edição, Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 2010, p. 629.

¹³⁹ FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, cit., pp. 629 e 631: “(...) os princípios são fundamentos intencionalmente abertos a várias soluções possíveis (...)”.

¹⁴⁰ A. CASTANHEIRA NEVES, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, proferidas ao curso do 1º ano jurídico de 1968-69, Coimbra, 1968-69, p. 55 e *passim*; A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 7ª Edição, Coimbra Editora, 2015, p. 96; ERNST BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, Tradução de Felipe González Vicén, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, pp. 27 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, 5ª Edição, Almedina, 2013, pp. 654-655; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, Almedina, 2012, pp. 172-173; MÁRIO REIS MARQUES, *Introdução ao Direito*, Vol. 1, 2ª Edição, 2012, p. 113 e ss.; J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif spécialement dans les rapports de droit privé*, Paris, Recueil Sirey, 1929, pp. 289-290; DOM ODON LOTTIN, *Principes de morale*, Tome II – Compléments de doctrine et d'histoire, Éditions de l'Abbaye du Mont César, Louvain, 1947, pp. 50-51; PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 26ª edição, Malheiros Editores, 2011, p. 259; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução ao Estudo do Direito*, AAFDL Editora, 2017, p. 520; HENRI DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Tome I, E. Bruylant, 1962, p. 10; JULIEN BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en Droit Civil*, Paris, E. Bocard Éditeur, 1924, pp. 21 e ss.; JULIEN BONNECASE, *La pensée juridique française*, I, Delmas Éditeur Bordeaux, 1933, pp. 18 e ss.; HENRI ET LÉON MAZEAUD; JEAN MAZEAU; FRANÇOIS CHABAS, *Introduction à l'Étude du Droit*, Tome I, 11 ed. par François Chabas, Montchrestien, 1996, pp. 161 e ss.; A. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 2.º, Coimbra Editora, 1995, p. 180; NORBERTO BOBBIO, *El Positivismo Jurídico*, Debate, 1993, pp. 92 e ss.; NORBERTO BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, 2ª reimpresión, Debate, 1993, p. 225; GEORGES RIPERT; JEAN BOULANGER, *Traité de Droit Civil*, Paris, LGDJ, 1956, pp. 12 e ss.; AMBROISE COLIN; H. CAPITANT, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, Tome I, Librairie Dalloz, 1934, p. 3; HENRI BATIFFOL, *Problèmes de base de Philosophie du Droit*, LGDJ, 1979, pp. 26 e ss.; HERNANDEZ-GIL, *Metodologia del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, pp. 49 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. 1, 5ª Edição, Almedina, 2013, pp. 659-665; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Ciência do direito e metodologia jurídica nos finais do século XX”, pp. 897-772; disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B2b756d2b-d78c-45f1-83f0-c082997b92db%7D.pdf>; MARCELO JUCÁ LISBOA, “Metodologia jurídica e sua relação com o conceito, interpretação e aplicação do direito: uma visão panorâmica”, in *RJLB*, Ano 2, N.º 2, 2016, p. 854; disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/2/2016_02_0849_0909.pdf; SIMONE GOYARD-FABRE, “De quelques ambiguïtés du Positivisme Juridique”, in *Cahiers de Philosophie politique et Juridique*, n.º 13, Centre de Publications de l'Université de Caen, 1988, p. 30; JEAN BRETHER DE LA GRESSAYE; MARCEL LABORDE-LACOSTE, *Introduction Générale à l'étude du droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 16; JOSÉ LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma “recepção”*, Fragmentos, 1990, p. 30; ARTHUR KAUFMANN; WINFRIED HASSEMER; GREGORIO ROBLES, *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Editorial Debate, 1992, p. 119; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *O sistema científico e a Teoria de Kelsen*, Separata da Revista da Faculdade de Direito, Ano XXVI, pp. 11-45; HENRI BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit ...*, pp. 51 e ss.; JOSÉ LAMEGO, “A argumentação transcendental em Kelsen”, in *Estudos em honra do Prof. Doutor José Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, 2008, pp. 343-355; JOSÉ LAMEGO, *Elementos de Metodologia Jurídica*, Almedina, 2016, pp. 119 e ss.; HANS Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, Tradução de Dr. João Baptista Machado, Arménio Amado – Editor, Sucessor – Coimbra, 1979, pp. 271-273; CARLOS ALCHOURRÓN; EUGENIO BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Cuadernos de Metodologia y Filosofia del Derecho, N.º 3, Universidad de Carabobo, 1979, p. 41; AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, *Curso de Teoria Geral do Direito*, Editora Noeses, 2016, p. 499; ILEIDE SAMPAIO DE SOUSA, “Jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores: características, diferenças, críticas e contributos à teoria dos

fundamenta o Direito positivo num Direito superior: o Direito Natural¹⁴¹. O Direito Natural, de acordo com as mais variadas concepções, é de origem divina (*lex divina*)¹⁴², de raiz cosmológica (*lex sempiterna*)¹⁴³, e, é por vezes reportado a concepções mitológicas (v.g. nas civilizações greco-romanas)¹⁴⁴. No pensamento jusnaturalista, os princípios decorrem da crença de que o homem possui direitos naturais intangíveis. Nessa fase jusnaturalista, os princípios são concebidos numa dimensão ético-valorativa, não integrando propriamente o sistema jurídico, mas constituem axiomas jurídicos inspiradores dos ideais de bondade e de justiça¹⁴⁵. São o *a priori* da normatividade¹⁴⁶.

O positivismo jurídico pode ser assim encarado como uma corrente de pensamento que “recusa a metafísica e o Direito Natural e, ao jurista, [nega] a faculdade de emitir um juízo crítico sobre a justiça ou injustiça do direito (positivo) que lhe é dado aplicar”¹⁴⁷. Assim, o positivismo, de acordo com o Professor NOGUEIRA DE BRITO¹⁴⁸, não nos diz, ou não diz necessariamente, que os méritos da lei são irrelevantes, mas apenas que tais méritos não determinam a existência da lei. No positivismo jurídico, a lei identifica-se com o Direito, devendo o seu prescrito ser cumprido de modo incondicional¹⁴⁹. Prevalece, então, uma falta de reconhecimento da dimensão

direitos fundamentais”, in *Direito e Democracia*, Vol. 11, n.º 2, Jul/Dez., Canoas, 2010, pp. 192-193; A. CASTANHEIRA NEVES, “A Unidade do Sistema Jurídico: O seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, II, Iuridica, Coimbra, 1979, p. 134 e *passim*; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Positivismo e valores”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. VI, Coimbra Editora, 2012, p. 403 e ss..

¹⁴¹ A. CASTANHEIRA NEVES, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 55 e *passim*; A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 96; ERNST BLOCH, *Derecho natural y dignidade humana*, Tradução de Felipe Gonzalez Vicen, Biblioteca Juridica Aguilar, 1980, pp. 27 e ss.; GUSTAV RADBRUCK, *Filosofia do direito*, Trad. Prof. L. Cabral de Moncada, 6ª ed., Arménio Amado – Editor, Sucessor – Coimbra, 1979, p. 62: “O Direito Natural da antiguidade, por exemplo, girava em torno da antítese: natureza-normas; o da Idade-Média, em torno da antítese direito divino-direito humano; o dos tempos modernos, em torno da antítese: direito positivo-razão individual”; PASCAL PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ/Schulthess, 2008, p. 8.

¹⁴² DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, cit., p. 174.

¹⁴³ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., pp. 654-655; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, cit., pp. 172-173; MÁRIO REIS MARQUES, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 113 e ss..

¹⁴⁴ A. CASTANHEIRA NEVES, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 57; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, cit., pp. 172-173; HELMUT COING, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Editorial Ariel, 1976, pp. 162 e ss..

¹⁴⁵ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 26ª edição, Malheiros Editores, 2011, p. 259.

¹⁴⁶ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 259.

¹⁴⁷ HELMUT COING, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, cit., p. 253; A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 111; GUSTAV RADBRUCK, *Filosofia do direito*, cit., p. 62; A. CASTANHEIRA NEVES, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 67-68.

¹⁴⁸ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 520.

¹⁴⁹ A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 112-113.

axiológica da normatividade, o que se repercute na aferição do fundamento e da validade da juridicidade enquanto tal¹⁵⁰.

A Jurisprudência dos valores ou de valoração (*Wertungsjurisprudenz*) surge então no século XX¹⁵¹. A Jurisprudência dos valores afirma o reconhecimento de valores ou critérios pré-positivos que subjazem às normas legais, e que presidem na sua interpretação e complementação v.g. os valores positivados nos direitos fundamentais. Outrossim, a ideia da “justiça” seria inerente ao “Direito”¹⁵². Conforme refere o Professor CASTANHEIRA NEVES¹⁵³, os princípios “(...) são a primeira precipitação e a manifesta objectivação normativo-dogmática da validade axiológica”. À questão de saber que valores estarão hoje a dar sentido fundamentante à normatividade jurídica, remete-se a busca desses valores no fundo ético da cultura do povo no momento histórico-cultural e comunitário em que o problema se põe¹⁵⁴. As críticas formuladas contra a Jurisprudência de valoração referem-se precisamente à falta de uniformidade e indeterminação de tais valores pré-positivos¹⁵⁵.

II. Os princípios divergem das regras pelo maior grau de indeterminação dos seus enunciados, aplicando-se numa lógica de ponderação¹⁵⁶. Os princípios são

¹⁵⁰ A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 112-113.

¹⁵¹ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 164; JOSÉ LAMEGO, *Elementos de Metodologia Jurídica*, cit., p. 58.

¹⁵² KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 167.

¹⁵³ A. CASTANHEIRA NEVES, “A Unidade do Sistema Jurídico: O seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)”, cit., p. 136.

¹⁵⁴ A. CASTANHEIRA NEVES, “A Unidade do Sistema Jurídico: o seu problema e o seu sentido”, in *Digesta*, Vol. 2.º, Coimbra Editora, 1995, p. 138. Veja-se também: A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 133.

¹⁵⁵ Veja-se: ILEIDE SAMPAIO DE SOUSA, “Jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores: características, diferenças, críticas e contributos à teoria dos direitos fundamentais”, in *Direito e Democracia*, Vol. 11, n.º 2, Jul/Dez., Canoas, 2010, pp. 192-193.

¹⁵⁶ Sobre a distinção entre princípios e normas, veja-se: RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 8th impression, 1996, pp. 24 e ss; RONALD DWORKIN, *A Matter of Principle*, Clarendon Press – Oxford, 1986, p. 17 e *passim*; Veja-se também: A. KAUFMANN; W. HASSEMER (ORG), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, cit., p. 157, nota de rodapé 269; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 7ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 280; SOFIA DAVID, “A aplicação de princípios pelo juiz administrativo”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisbon Law Editions, 2017/1, LVIII, pp. 196-197; A. KAUFMANN; W. HASSEMER (Org.), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, cit., p. 157; NEIL MACCORMICK, *H. L. A. Hart – Jurists: Profiles in Legal Theory*, Edward Arnold (Publishers), 1981, pp. 92 e ss; “Primary rules are those that grant rights or impose obligations upon members of the community. Secondary rules are those that stipulate how, and by whom, such primary rules may be formed, recognized, modified or extinguished”. Veja-se: RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 19; RUI CARDONA FERREIRA, “O debate Hart-Dworkin”, in *O Direito*, Ano 145, IV, Almedina, 2013, pp. 823-824; A. KAUFMANN; W. HASSEMER (ORG), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, cit., p. 157; ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência dos princípios – Ensaio*

inferidos através de um processo indutivo e de abstracção, e aplicam-se, de forma generalizada, a casos concretos depois de um trabalho doutrinário e jurisprudencial visando a definição clara do seu conteúdo, alcance e limites¹⁵⁷. A consagração de um princípio na ordem jurídica far-se-á em regra pela via doutrinária e jurisprudencial¹⁵⁸. Quando o legislador expressamente consagra um princípio jurídico num texto, tal fenómeno poderá efectivar-se de três formas: uma remissão à categoria global dos “princípios gerais do Direito”; a menção expressa de um princípio geral, sem a especificação dos seus requisitos de aplicabilidade; e a elaboração de uma disposição concreta que contém a essência do princípio, sem o referir expressamente¹⁵⁹.

III. Na ordem jurídica angolana, a Constituição de 2010 refere-se aos princípios no seu artigo 12.º: a aplicabilidade dos princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e da Carta da União Africana, bem como dos princípios de respeito pela soberania e independência nacional, igualdade entre os Estados, direito dos povos à

sobre os fundamentos da decisão jurisdicional, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, pp. 294-323; PATRÍCIA F. BAPTISTA, “A crise da legalidade formal e as novas formas de legitimação no Estado de direito contemporâneo”, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (57), 2003, p. 291; Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/775075/DLFE-46626.pdf/Revista57Doutrina_pg_278_a_296.pdf; RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 24 e ss.; JOSÉ LAMEGO, *Elementos de Metodologia Jurídica* ..., p. 127 e ss.; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003, pp. 609-611; Disponível em: http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf; GILMAR FERREIRA MENDES; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 7ª Edição revista e atualizada, 2012, p. 82; ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers (trad.), Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 47; GILMAR FERREIRA MENDES; FELIPE OLIVEIRA DE SOUSA, “O raciocínio jurídico entre princípios e regras”, in *Brasília a.* 48, n.º 192 Out/Dez., 2011, pp. 98-99; Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242932/000936212.pdf?sequence=3>; RÚBEN RAMIÃO, “A critical analysis on Robert Alexy's theory of legal principles”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisbon Law Editions, 2015, in p. 181 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, 2003, p. 1161.

¹⁵⁷ Miguel Reale realça o facto de que os princípios estão implícitos na legislação positiva e são extraídos dela mediante um processo duplo de indução e abstracção (MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973, p. 346); JEAN CARBONNIER, *Droit civil*, 1, PUF, 2004, p. 252, N. 137: “La doctrine et la jurisprudence ont formulé ces principes. Mais elles ne les ont pas créés. Elles les ont trouvés en suspension dans l’esprit de notre droit, tel que semblaient le leur révéler certains textes fragmentaires (...)”.

¹⁵⁸ Veja-se: DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, cit., p. 506: os princípios implícitos “para se afirmarem no mundo do Direito (...) têm de ser formulados e aceites pela Doutrina e, também, reconhecidos como tais pela Jurisprudência”; DELIA MATILDE FERREIRA RUBIO, *La Buena Fe – El Principio General en el Derecho Civil*, Editorial Montecorvo S.A., 1984, p. 69.

¹⁵⁹ Veja-se: DELIA MATILDE FERREIRA RUBIO, *La Buena Fe – El Principio General en el Derecho Civil*, cit., p. 68; CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, cit., p. 96; MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*, cit., p. 346; CHAIM PERELMAN, *Méthodes du droit – Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, 2e éd., Dalloz, 1979, p. 86.

autodeterminação e à independência, solução pacífica dos conflitos, respeito dos direitos humanos, não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados, reciprocidade de vantagens, repúdio e combate ao terrorismo, narcotráfico, racismo, corrupção e tráfico de seres e órgãos humanos, cooperação com todos os povos para a paz, justiça e progresso da humanidade. O artigo 89.º da CRA, relativo aos princípios fundamentais da organização económica, financeira e fiscal da República de Angola, e o artigo 227.º sujeitam a fiscalização da constitucionalidade aos princípios nela consagrados.

Por outro lado, a lei obriga o juiz a desempenhar a sua função jurisdicional, sob pena de denegação da justiça. De acordo com o n.º 1 do artigo 8.º do Código Civil, “*O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio*”. Esta exigência legal que pesa sobre o juiz levanta a questão de saber como o juiz deverá solucionar determinado litígio, verificando-se precisamente a falta ou a obscuridade da lei. Para a solução do problema, o artigo 9.º do Código Civil traz um elemento pertinente ao referir-se no âmbito da interpretação da lei à unidade do sistema jurídico.

Tal unidade faz apelo aos princípios jurídicos que norteiam e asseguram o sistema jurídico, por um lado. Por outro lado, o artigo 10.º do Código Civil determina que os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos (n.º 1). Há analogia sempre que no caso omissio procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei (n.º 2). Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema (n.º 3).

Duas soluções são apresentadas pelo legislador para a resolução do problema das lacunas da lei¹⁶⁰: (a) o recurso à analogia¹⁶¹, e (b) a criação de uma norma *ad hoc* pelo intérprete, colocando-se este na posição do legislador, com uma actuação conforme ao “espírito do sistema”. É relativamente a esta segunda solução proposta

¹⁶⁰ “Uma lacuna é uma incompletude insatisfatória no seio de um todo”. Veja-se: KARL ENGLISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Trad. J. Baptista Machado, 1983, p. 276; CLAUS-WILHELM CANARIS, “De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand”, in *Le problème des lacunes en droit*, Études publiées par Ch. Perelman, Bruxelles – Établissements Emile Bruylant, 1968, p. 167.

¹⁶¹ Sobre as diferenças entre a analogia da lei (*analogia legis*) e a analogia do direito (*analogia iuris*), veja-se: JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *A integração das lacunas da lei e o Novo Código Civil*, Livraria Petrony, Lisboa, 1968, pp. 27 e ss.

pelo legislador quanto à integração das lacunas da lei que se situa precisamente a questão da relevância dos princípios jurídicos.

IV. Na ordem jurídica portuguesa, a Constituição faz também apelo a princípios jurídicos¹⁶², fazendo-lhes expressa referência nos artigos 204.º (não aplicação pelos tribunais de normas que infrinjam os princípios consignados na Constituição), 266.º, n.º 2 (respeito pelos órgãos e agentes administrativos dos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé) e 277.º, n.º 1 (inconstitucionalidade de normas que infrinjam os princípios consignados na Constituição)¹⁶³. Do mesmo modo, a lei ordinária refere-se aos princípios, não podendo ser outro o entendimento correcto das referências à ‘unidade do sistema jurídico’ e à ‘norma’ que o intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do ‘sistema’, constantes, respectivamente, dos artigos. 9.º, n.º 1, e 10.º, n.º 3, do Código Civil¹⁶⁴. O Professor MOURA VICENTE¹⁶⁵ salienta que “foi, na base do princípio do Estado de Direito democrático, consagrado no art. 2.º da Constituição, que o Tribunal Constitucional português fundou a sua jurisprudência sobre a proteção da confiança”. Com efeito, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional português, o princípio da confiança está ínsito na ideia do Estado de Direito democrático¹⁶⁶.

V. Os princípios têm a hierarquia normativa das regras que os consagram ou das regras dos quais eles são inferidos, não sendo relevante, a este propósito, a hierarquia axiológica entre os princípios e as regras¹⁶⁷. Conforme refere o Professor MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA¹⁶⁸, “(...) é pelo grau hierárquico atribuído pelo legislador ao princípio que se descobre a sua hierarquia axiológica”. Na mesma linha de

¹⁶² DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado*, Vol. I, 4ª Edição, 2018, p. 172.

¹⁶³ Sobre a constitucionalização dos princípios gerais no Direito brasileiro, veja-se: HENRIQUE ALVES PINTO, “Princípios Nucleares do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e Sua Extensão como Princípio Constitucional”, in *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 236, Abr/Jun. 2004, pp. 87 e ss.

¹⁶⁴ DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado*, Vol. I, cit., p. 172.

¹⁶⁵ DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado*, Vol. I, cit., p. 172.

¹⁶⁶ Cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 93/84, de 30 de Julho de 1984, Proc. n.º 10/84, in *BMJ*, N.º 355, 1986, p. 150 e 71/87, in *BMJ*, N.º 364, 1987, p. 508; veja-se: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira*, cit., p. 539.

¹⁶⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 250-251.

¹⁶⁸ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 250-251.

pensamento, os Professores OLIVIER CORTEN e ANNEMIE SCHAUS¹⁶⁹ defendem que o valor jurídico dos princípios equivale ao valor da fonte em que se inscrevem. Por exemplo, um princípio do Direito constitucional tem um valor superior a um princípio do Direito administrativo. Por conseguinte, o seu valor na hierarquia das normas não é fixo¹⁷⁰.

Se os princípios não são encarados pela doutrina como normas em sentido estrito ou regras propriamente ditas, é ponto assente que os princípios constituem fontes normativas. Quando um princípio jurídico vem expressamente previsto numa disposição legislativa, não se justifica, a nosso ver, qualquer discussão quanto à sua natureza enquanto norma. A questão coloca-se quando o princípio é não escrito, como ocorre em regra. Há que distinguir, do nosso ponto de vista, duas situações: (i) ou o princípio se exprime sob a forma de proposição, ou (ii) como uma simples directriz. Em qualquer desses dois casos, somos de opinião que se trata de uma norma *lato sensu*¹⁷¹.

Os princípios têm uma essência normativa. A doutrina reconhece aos princípios a natureza de elementos do Direito positivo dotados de valor próprio, susceptíveis de servirem de base à fundamentação de decisões jurídicas¹⁷². O Professor FRANÇOIS TERRÉ¹⁷³ considera o facto de um recurso para o Tribunal de Cassação poder ser fundamentado na violação dum princípio, não escrito, e até contrário a uma disposição existente (ou não revogada), que o princípio deve ser considerado como norma jurídica. Como refere o Professor JORGE MIRANDA¹⁷⁴, os princípios “não se contrapõem às

¹⁶⁹ OLIVIER CORTEN; ANNEMIE SCHAUS, *Le droit comme idéologie. Introduction critique au Droit*, Léon Ingber (Dir), Ed. Kluwer, 2004, p. 102.

¹⁷⁰ OLIVIER CORTEN; ANNEMIE SCHAUS, *Le droit comme idéologie. Introduction critique au Droit*, cit., p. 102.

¹⁷¹ No mesmo sentido, veja-se: DELIA MATILDE FERREIRA RUBIO, *La Buena Fe – El Principio General en el Derecho Civil*, cit., p. 36; Veja-se também: GABRIEL MARTY; PIERRE RAYNAUD, *Direito Civil*, Tome I, 2e édition, Sirey, pp. 233-234. Veja-se também: PATRÍCIA F. BAPTISTA, “A crise da legalidade formal e as novas formas de legitimação no Estado de direito contemporâneo”, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (57), 2003, pp. 291-292: “Dentre os autores que atribuem aos princípios jurídicos a natureza de norma jurídica, mencione-se o próprio Josef Esser já antes citado, que redigiu pioneira obra sobre o tema, Norberto Bobbio e Eduardo García de Enterría. No Direito brasileiro, especialmente enfática na defesa da natureza normativa dos princípios, invoca-se, mais uma vez, a doutrina de Eros Roberto Grau, forte na adesão às teses de R. Dworkin”. Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/775075/DLFE-46626.pdf/Revista_57Doutrina_pg_278_a_296.pdf

¹⁷² DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado*, Vol. I, cit., pp. 171-172.

¹⁷³ FRANÇOIS TERRÉ, *Introduction générale au droit*, cit., p. 270, N. 254.

¹⁷⁴ O Professor Jorge Miranda enumera as seguintes características dos princípios:

- a) A maior aproximação da ideia de Direito ou dos valores do ordenamento;
- b) A amplitude ou a maior generalidade frente às normas-regras;

normas, contrapõem-se tão somente às regras; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e em normas-regras”.

VI. Em suma, os princípios jurídicos podem constituir um elemento do sistema jurídico ou serem comuns a diversos ordenamentos jurídicos¹⁷⁵. Os princípios independem de qualquer texto, isto é, são autónomos em relação à existência de um texto legal que os consagre, sendo aplicáveis na ausência de qualquer texto legal que, eventualmente, os preveja expressamente. Os princípios são enunciados ou formulados pela jurisprudência ou pela doutrina¹⁷⁶. Não são inventados pelo juiz de forma discricionária ou arbitrária. O juiz baseia-se nas disposições legais existentes ou na jurisprudência anterior (precedentes) para revelar um determinado princípio jurídico. Divergem das regras pelo maior grau de indeterminação dos seus enunciados, e aplicam-se numa lógica de ponderação. O juiz pode recorrer aos princípios jurídicos para resolver o problema das lacunas da lei¹⁷⁷.

-
- c) A irradiação ou projecção para um número vasto de regras em sensível heterogeneidade;
 - d) A adstricção a fins, e não a meios ou à regulação de comportamentos;
 - e) A versatilidade, a susceptibilidade de conteúdos com densificações variáveis ao longo dos tempos e das circunstâncias;
 - f) A abertura, sem pretensão de regulamentação exaustiva ou em plenitude, de todos os casos;
 - g) A expansibilidade perante situações ou factos novos, sem os absorver ou neles se esgotar;
 - h) A relatividade ou a virtualidade de harmonização, sem revogação ou invalidação recíproca;
 - i) A virtualidade de oferecer critérios de solução a uma pluralidade de problemas.

(JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 7ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 277).

¹⁷⁵ Veja-se: W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, Bruxelles, Établissements Emile Bruylant, 1970, p. 42; DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado*, Vol. I, cit., p. 172.

¹⁷⁶ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit* ..., p. 43.

¹⁷⁷ CLAUS-WILHELM CANARIS, “De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand”, cit., p. 175. Karl Larenz considera, por sua vez, que os “princípios” são ideias directrizes, “cuja transformação em regras que possibilitem uma resolução tem lugar em parte pela legislação, em parte pela jurisprudência, segundo o processo (...) da concretização e do aperfeiçoamento de princípios mais especiais mediante a formação de grupos de casos” (o negrito é nosso). KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito* ..., pp. 599-600. “Os princípios jurídicos não têm o carácter de regras concebidas de forma muito geral, às quais se pudessem subsumir situações de facto, igualmente de índole muito geral. Carecem antes, sem exceção, de ser concretizados. Mas cabe a este respeito distinguir vários graus de concretização. No grau mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma ‘ideia jurídica geral’, pela qual se orienta a concretização ulterior como por um fio condutor. Desta espécie são, por exemplo, o princípio do Estado de Direito, o princípio do Estado Social, o princípio do respeito pela dignidade humana, da autodeterminação e da responsabilidade pessoal. Os primeiros indícios de uma especificação de previsão e consequência jurídica e, portanto, do começo da formação de regras, mostram-nos princípios tais como o preceito de igual tratamento jurídico de situações de facto idênticas, o princípio da confiança, nas suas diversas vertentes, como por exemplo, enquanto proibição de retroactividade de leis desvantajosas ou como base de uma ‘responsabilidade por confiança’ no Direito privado, o preceito da salvaguarda da ‘boa-fé’ em todas as relações jurídicas especiais, o princípio da culpa, o princípio da

Nos Direitos angolano e português, o apelo a princípios jurídicos como critério de decisão é legitimado pela Constituição e pela lei ordinária. Em regra, os princípios são inferidos através de um processo indutivo e de abstracção, e aplicam-se, de forma generalizada, a casos concretos depois de um trabalho doutrinário e jurisprudencial visando a definição clara do seu conteúdo, alcance e limites¹⁷⁸. A hierarquia dos princípios equivale à da fonte em que se inscrevem. Portanto, o seu valor não é fixo na hierarquia das normas.

4. Estrutura da tese

I. O tema estudado requer, pela sua transversalidade, uma abordagem numa óptica comparatística. O método do Direito comparado encontra um campo de expressão privilegiado no âmbito da arbitragem internacional. Conforme observa o Professor EMMANUEL GAILLARD¹⁷⁹, “*L’arbitrage international est (...) l’une des disciplines dans lesquelles le droit comparé trouve à exprimer de la façon la plus complète l’ensemble des fonctions qui sont susceptibles d’être les siennes. Celles-ci sont au nombre de trois, le droit comparé étant tantôt une source d’inspiration, tantôt source de légitimité, tantôt encore une source de droit positif*”.

É mais corrente que, em sede de trabalhos desta natureza, essa comparação seja feita entre dois ou três ordenamentos jurídicos. Nalguns casos, o estudo comparado toma em conta um Direito uniforme a vários países e um determinado ordenamento jurídico estadual. No âmbito da presente dissertação, pareceu-nos útil alargar o âmbito da investigação a um maior número de países. O estudo analisa as manifestações legais e jurisprudenciais do *favor arbitrandum* em dez ordenamentos jurídicos, – a saber, Angola, Portugal, Brasil, Espanha, Alemanha, França, Bélgica, Suíça, Reino Unido e

responsabilidade pelo risco e o de uma imputação daqueles riscos que alguém há-de suportar ‘mais directamente’ que outrem, enquanto critérios de uma responsabilidade por danos. Mas tais ‘subprincípios’ estão ainda longe, todavia, de representar regras de que pudesse resultar directamente a resolução de um caso particular (...). A concretização final efectua-se sempre a jurisprudência dos tribunais, atendendo ao caso particular em concreto” (KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., pp. 674-675); veja-se também: JEAN BRETHE DE LA GRESSAYE; MARCEL LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l’étude du Droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 326.

¹⁷⁸ MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*, cit., p. 346.

¹⁷⁹ EMMANUEL GAILLARD, “Du bon usage du droit comparé dans l’arbitrage international”, *Hommage à la mémoire de Philippe Fouchard*, in *Revue de l’arbitrage*, 2005, p. 376.

Estados Unidos – , para, usando o método indutivo próprio da revelação dos princípios jurídicos, apreender o seu conteúdo efectivo¹⁸⁰.

II. Duas observações podem aqui ser feitas. Por um lado, optamos, por uma questão metodológica, por analisar em simultâneo as manifestações legais e jurisprudenciais, uma vez que as mesmas se imbricam. Algumas delas procederam da jurisprudência e encontraram *a posteriori* consagração na lei (ou convenções internacionais), outras foram directamente obra do legislador. Conforme refere o Professor PHILIPPE FOUCHARD¹⁸¹, as manifestações de favorecimento em relação à arbitragem internacional aparecem tanto nas convenções internacionais como nas leis e na jurisprudência dos Estados. Pela sua relevância, teremos principalmente em conta a Convenção de Nova Iorque de 1958 e a Lei-Modelo da CNUDCI. Por outro lado, os ordenamentos jurídicos escolhidos representam na sua diversidade os sistemas jurídicos de países do Direito civil (germano-romanístico) e de *Common law* (anglo-saxónico).

III. A doutrina identifica diversos métodos de comparação. O nosso método será essencialmente funcional, ou seja, vai levar-nos a um estudo das diferentes soluções para determinado problema nos diferentes sistemas jurídicos¹⁸². Assim, serão efectuadas as três operações intelectuais que consistem em: delimitar o objecto da comparação a realizar; analisar os termos a comparar; identificar, numa síntese comparativa, as semelhanças e diferenças entre esses termos e, se for oportuno, as respectivas causas¹⁸³. Importa, por fim, ressaltar que o princípio abstraído na sequência do estudo comparado não será necessariamente reconhecido de forma unânime em todos os ordenamentos jurídicos¹⁸⁴.

¹⁸⁰ LUC SILANCE, “Un moyen de combler les lacunes en Droit: L’induction amplifiante”, in *Logique et Analyse*, Vol. 10, N.º 37, 1967, p. 139.

¹⁸¹ PHILIPPE FOUCHARD, “Où va l’arbitrage international?”, in *Revue de Droit McGill*, Vol. 34, 1989, p. 442.

¹⁸² DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado*, Vol. I, cit., p. 39.

¹⁸³ DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado*, Vol. I, cit., p. 39.

¹⁸⁴ EMMANUEL GAILLARD, “Trente ans de lex mercatória, pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *JDI*, 1995, I, p. 27; BESMA ARFAOUI BEN MOULDI, *L’interprétation arbitrale du contrat du commerce international*, Université de Limoges, 2007-2008, p. 99.

IV. Seis capítulos, distribuídos em duas partes, constituem o corpo da presente dissertação. A primeira parte, dedicada à análise das manifestações legais e jurisprudenciais do princípio, engloba os três primeiros capítulos. O primeiro capítulo identifica as principais manifestações relativas à convenção de arbitragem. O segundo capítulo identifica as manifestações mais relevantes relativas à competência do tribunal arbitral. O terceiro capítulo destaca as principais manifestações a favor da sentença arbitral. A segunda parte trata da dogmática do princípio do *favor arbitrandum*, integrando os capítulos seguintes: o quarto capítulo, que procede à análise do conteúdo do princípio do *favor arbitrandum*; o quinto capítulo, sobre os limites do *favor arbitrandum*; e o sexto capítulo, que analisa os fundamentos do princípio. Por fim, apresentaremos as conclusões da presente dissertação.

PARTE I

**MANIFESTAÇÕES LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS
DO PRINCÍPIO DO *FAVOR ARBITRANDUM***

I. Definido na parte introdutória o critério selectivo das manifestações susceptíveis de serem consideradas como expressão do *favor arbitrandum*, vamos pela via dos diversos sistemas jurídicos positivos pô-las em evidência. No nosso entender, as manifestações legais e jurisprudenciais do princípio do *favor arbitrandum* respeitam à convenção de arbitragem, à competência do tribunal arbitral e à sentença arbitral.

Pode-se colocar a questão de saber se as manifestações a favor da convenção de arbitragem não correspondem a manifestações favoráveis à competência do tribunal arbitral. Por outras palavras, são ou não reconduzíveis a manifestações relativas à competência do tribunal arbitral todas as manifestações do princípio do *favor arbitrandum* relativas à convenção de arbitragem, uma vez que a competência do tribunal arbitral depende da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem?

É possível, *lato sensu*, chegar a essa conclusão. Contudo, a questão deve ser analisada com muito mais cautela. Nem todas as manifestações favoráveis à validade ou à extensão do âmbito dos efeitos da convenção de arbitragem visam, no nosso entender, favorecer, em primeira instância, a competência do tribunal arbitral. Terceiros à convenção de arbitragem podem ser os verdadeiros interessados ou beneficiários da sua possível validade e extensibilidade. Razão pela qual achamos oportuno autonomizar as manifestações relativas à convenção de arbitragem em relação as que se reportam à competência do tribunal arbitral¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Um dos autores referidos na literatura jurídica espanhola, e que procedeu a uma breve abordagem das manifestações do princípio do *favor arbitrandum*, é a Professora Chocrón Giraldez, da Universidade de Sevilha. A referida autora agrupa as manifestações do princípio *del favor arbitri* ou *favor arbitralis* em três categorias: as manifestações que revelam o *favor competencial*, o *favor juridico* ou *favor del fallo* (sentença) e o *favor legal*. Os dois primeiros aspectos fazem referência à actividade jurisdicional estadual e o último respeita à actividade legislativa. O favor competencial é definido como “*aquél que favorece la competencia de los árbitros*”. Refere-se à interpretação das cláusulas compromissórias de modo a abranger o conjunto de questões suscitadas pelo contrato celebrado pelas partes. Por outro lado, considera também como favor competencial a limitação das faculdades revisoras do tribunal judicial em relação às sentenças arbitrais. O favor jurídico ou da sentença manifesta-se, segundo a mesma autora, “*en que el control que puede hacerse de la actividad del Tribunal arbitral es muy limitado, sin que pueda analizarse la justicia del laudo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión litigiosa en cuanto a la aplicación de la Ley material*”. A limitação do controlo judicial sobre a actividade do tribunal arbitral, preferindo-se a acção anulatória ao recurso de mérito, por um lado; e, por outro, excluindo-se o recurso da decisão quando se trate de sentença proferida *ex aequo et bono* são, segundo a mesma autora, manifestações do favor da sentença. O favor legal é entendido como “*aquella tendencia a inclinar a las partes al arbitraje*”. A tendência do legislador a inclinar as partes à arbitragem seria, segundo a Professora Chocrón Giraldez, uma terceira manifestação do princípio de *favor arbitri*. Assim, o favor legal transparece na própria lei da arbitragem, através da minuciosa regulação dos mecanismos de designação dos árbitros, com a intervenção do poder judicial. “*(...) si las partes han optado por el arbitraje, un aspecto coyuntural como es la designación de árbitros, no va a abortar ese deseo, por tanto regular al máximo la formalización judicial del arbitraje conlleva a dar satisfacción a lo que las partes libremente han convenido, esto es, solucionar su controversia con un laudo. Asimismo, la posibilidad de dictar el laudo pese a que las partes permanezcan inactivas como previene el art. 22.2 LA, puede ser entendido como una manifestación más de favorecimiento del arbitraje*” (ANA MARIA

Embora com conteúdo nem sempre igual, encontram-se nas legislações estaduais e convenções internacionais, bem como na jurisprudência tanto estadual como arbitral, diversas manifestações do princípio do *favor arbitrandum* que dizem respeito à convenção de arbitragem (**Capítulo 1**), à competência do tribunal arbitral (**Capítulo 2**) ou à sentença arbitral (**Capítulo 3**).

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, *Los principios procesales en el arbitraje*, Bosch Editor, 2000, pp. 57-64). Sendo um tema pouco desenvolvido, o estudo da Professora CHOCRÓN GIRÁLDEZ teve o mérito de desbravar o terreno. Trata-se de um trabalho que, longe de ter sido um *privilegium odiosum*, teve uma grande repercussão nos meios académicos. Contudo, a mais grave crítica à classificação das manifestações do *favor arbitri* feita pela referida autora radica, no nosso entender, na confusão de natureza conceitual que cria a designação de “favor legal”. É legal o que for prescrito por lei. Neste sentido, quer o favor da competência (*favor competencial*), quer o favor da sentença (*favor del fallo*) podem resultar da lei. Assim sendo, o “favor legal” em nada traz luz à compreensão do tema das manifestações do princípio cujo estudo iniciamos. A Professora VAN DE CASTEELE analisa o *favor arbitrandum* (*principe de faveur*) como um dos princípios fundamentais do Direito da Arbitragem (princípio geral do Direito da Arbitragem) que procede da natureza contratual da arbitragem e visa principalmente a neutralização das manobras dilatórias na fase inicial do procedimento arbitral. Para a referida autora, as suas manifestações mais evidentes radicam nos princípios da autonomia da cláusula compromissória, da validade da convenção de arbitragem, da competência-competência e da extensão da convenção de arbitragem a terceiros não-signatários (LAURE BERNEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 62).

Capítulo I

Manifestações relativas à convenção de arbitragem

Longe vão os tempos em que a validade da cláusula compromissória era contestada por se entender que, com ela, as partes renunciavam ao direito de serem julgadas pelo seu juiz natural¹⁸⁶. Ainda ecoa o acórdão do Tribunal de Cassação francês, de 10 de Julho de 1843 (*Prunier*)¹⁸⁷, que negou a validade da cláusula compromissória, sustentando que, no artigo 1003 do Código de Processo Civil francês de 1804, apenas se reconhecia o poder de comprometer quando fossem indicados pelas partes o objecto do litígio e os nomes dos árbitros. Ora, a cláusula compromissória visando litígios eventuais não poderia prever o objecto do litígio a ser submetido ao tribunal arbitral¹⁸⁸.

Esta situação reverteu-se definitivamente na segunda metade do século XX, a partir dos anos 60. O primeiro passo no sentido da mudança verificou-se com o caso *Migout v. Aguard* (1865)¹⁸⁹ em que o Tribunal de Apelação de Paris considerou inaplicável o artigo 1006 do Código de Processo Civil francês que determinava a nulidade de princípio da cláusula compromissória quando a parte francesa celebrara um contrato sujeito a uma lei que considerasse válida a cláusula compromissória nele inserida. No caso *Compagnie d'assurances La Foncière vs Villain*, o Tribunal de Cassação admitiu, no acórdão de 7 de Março de 1888¹⁹⁰, a validade da cláusula compromissória. No caso *Mardelé v. Muller* (1930)¹⁹¹ e *Dambricourt* (1931)¹⁹², o

¹⁸⁶ Uma parte da doutrina defende que o acordo arbitral não constitui uma renúncia a qualquer direito. Trata-se apenas do exercício de uma opção entre vias distintas de acção sobre a mesma pretensão. A lei estadual regula, em regra, os modos de controlo judicial sobre a validade ou a nulidade da sentença, ao mesmo tempo organiza as vias de execução forçada da referida sentença (Veja-se: FERNANDO AGUIAR, “Notas sobre la interpretación de la convención arbitral”, in *Buenos Aires*, marzo 28 de 2007, JÁ 2007-I, fascículo n. 13, pp. 7-8).

¹⁸⁷ Cass. civ. 10 juill. 1843, *Recueil Sirey*, 1843, 1, p. 561 e *Recueil Dalloz*, 1843, 1, p. 343; ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, “International Commercial arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence”, cit., pp. 1046-1047; MATTHIEU DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage*, Paris: GLN éditions, 1990, p. 24; CARINE JALLAMION, “La jurisprudence française et l'arbitrage de 1843 à 1958 : De la défaveur à la faveur jusqu'à l'avènement de l'arbitrage international (Partie I)”, in *Revue de l'arbitrage*, 2015, N.º 3, p. 744.

¹⁸⁸ MATTHIEU DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage*, cit., p. 24.

¹⁸⁹ Paris, 11 janvier 1865, *Dalloz* 1865. II. 188; ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, “International Commercial arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence”, cit., p. 1048.

¹⁹⁰ Cass. civ. 26 juill. 1893, *D.*, 1894, 1, 61; Rouen 29 déc. 1907, *D.*, 1909, 2, 303; MATTHIEU DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage*, cit., p. 25 ; veja-se: LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 42.

¹⁹¹ Cass. civ., 19 Feb. 1930, *S.* 1933.I.41, note Niboyet; ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, “International Commercial arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence”, cit., p. 1049.

¹⁹² *Dambricourt*, *S.*, 1933.I.41, note Niboyet.

Tribunal de Cassação, na sequência dos seus acórdãos nos casos *Ospina v. Ribon* (1899) e *Georges Bernard v. Société la General Mercantile Company* (1904), decidiu que a nulidade da cláusula arbitral prevista no artigo 1006 do Código de Processo Civil não era de ordem pública¹⁹³. Ainda que as partes fossem de nacionalidade francesa, podiam validamente derrogar ao seu teor por via contratual, referindo-se a uma lei estrangeira que considerasse tais cláusulas válidas.

Hoje, a lei n.º 2016-1547, de 18 de Novembro de 2016, de modernização da justiça do século XXI, alterou o artigo 2061 do Código Civil francês, com incidência no domínio da arbitragem interna. Na versão anterior a cláusula compromissória era válida quando fosse inserida em contratos celebrados em razão de uma actividade profissional. O texto actual possibilita a estipulação de uma cláusula compromissória fora de qualquer actividade profissional. A cláusula compromissória pode doravante ser celebrada entre dois particulares. Se uma das partes não intervir no âmbito de uma actividade profissional, a cláusula é válida, mas é-lhe inoponível.

Em Portugal, DIAS FERREIRA¹⁹⁴ considerava nula a estipulação de uma cláusula compromissória num contrato. A cláusula compromissória teve consagração legal, em Portugal, pela primeira vez, no Código de Processo Civil português (CPC), de 1939. Neste Código, a cláusula compromissória foi tratada como um contrato nominado e sujeita à execução específica, por se entender que o mecanismo da responsabilidade civil era praticamente inoperante como forma de reparação da violação da cláusula, a qual, em regra, não provocava prejuízos reparáveis¹⁹⁵. Até ao Código de Processo Civil de 1961, a sua natureza permaneceu a de um contrato-promessa. Assim entendeu também a doutrina portuguesa, interpretando o artigo 1513.º do CPC.

As soluções legais ou jurisprudenciais que, face à validade ou invalidade da convenção de arbitragem, favorecem a sua validade, correspondem às manifestações do princípio do *favor arbitrandum* relativas à convenção de arbitragem. As referidas manifestações legais e jurisprudenciais do *favor arbitrandum*, relativas à convenção de

¹⁹³ ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, “International Commercial arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence”, cit., p. 1049.

¹⁹⁴ Em sentido contrário se pronunciou ALVES DE SÁ. Veja-se: ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A Arbitragem na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 7, Almedina, 2014, p. 125; LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., pp. 44-45.

¹⁹⁵ FERNANDO PESSOA JORGE, *Forma da cláusula compromissória – incumprimento do contrato-promessa (Jurisprudência comentada)*, Lisboa, 1972, p. 18.

arbitragem, são agrupadas no presente capítulo em duas categorias: as manifestações a favor da sua validade (**Secção I**) e as manifestações a favor do âmbito dos seus efeitos (**Secção II**).

Secção I

Manifestações relativas à validade da convenção de arbitragem

As manifestações do *favor arbitrandum* relativas à convenção de arbitragem são múltiplas. Sem qualquer pretensão de exaustividade, podem ser aqui referidas as quatro seguintes: a autonomia da cláusula compromissória (1), a validade substancial da convenção de arbitragem com base numa conexão alternativa (2), a inoponibilidade de excepções baseadas no Direito interno do Estado parte a uma convenção de arbitragem (3) e a admissão da convenção de arbitragem por referência, em particular, a sua evolução jurisprudencial no Direito francês (4)¹⁹⁶.

1. Autonomia da cláusula compromissória¹⁹⁷

1.1. Referência histórica

I. Após os cuidados pioneiros da jurisprudência¹⁹⁸, o princípio da autonomia da cláusula compromissória está hoje amplamente admitido na doutrina, e consagrado em diversos textos legislativos nacionais e internacionais. O princípio “visa quebrar o *circulus inextricabilis*: se o contrato principal for nulo, nula é a convenção de

¹⁹⁶ O Professor Moura Vicente refere que o n.º 3 do artigo 2.º da LAVP reflete um *favor arbitrandum* ao prever que a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem está satisfeita quando esta conste de suporte electrónico, magnético, óptico ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação (“National Report for Portugal 2018”, in Jan Paulsson; Lise Bosman (eds), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer, Supp. N.º 98, March 2018, p. 1. Entendemos também existir uma expressão do *favor arbitrandum* nos artigos 7.º, n.º 2 da Lei-Modelo, 2.º, n.º 5 da LAVP e 9.º, n.º 5 da Lei espanhola da arbitragem, ao preverem que se deva considerar cumprido o requisito da forma escrita da convenção de arbitragem quando exista a troca de uma petição e uma contestação em processo arbitral, em que a existência de tal convenção seja alegada por uma parte e não seja negada pela outra (Veja-se: KLAUS PETER BERGER, *International Economic Arbitration*, Deventer, Boston, 1993, pp. 141-142). O Tribunal Supremo brasileiro, em acórdão datado de 18 de Maio de 2005 refere que se tem “como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória” [“Jurisprudência brasileira referente à convenção de Nova Iorque”, in Arnaldo Wald; Selma Ferreira Lemes (Coords), *Arbitragem Comercial Internacional – A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*, Editora Saraiva, 2014, pp. 373].

¹⁹⁷ DAVID D. CARON; LEE M. CAPLAN, *The Uncitral Arbitration Rules – A Commentary*, 2nd Edition, Oxford, 2012, p. 453: “The doctrine of separability may be ‘considered to conform with the underlying intention of the parties’ and consequently means that ‘a decision by the arbitrators that a contract is null and void will not affect the validity of the arbitration clause in that contract and will not undermine the competence of the arbitrators to make that decision’”.

¹⁹⁸ JOSÉ F. MERINO MERCHÁN; JOSÉ M^a CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, cit., p. 1187.

arbitragem; e sendo esta nula, onde vão os árbitros buscar os poderes para poderem, sequer, apreciar a nulidade da convenção de arbitragem?”¹⁹⁹. O reconhecimento desse princípio conheceu uma evolução: é na jurisprudência que é preciso situar a afirmação do mesmo²⁰⁰.

Para afirmar a autonomia da cláusula compromissória, é preciso, em primeiro lugar, reconhecer a sua validade e a sua vinculatividade. Se é verdade que a jurisprudência francesa nesta matéria desempenhou um papel fundamental na afirmação e desenvolvimento do princípio da autonomia da cláusula compromissória como veremos *infra*, não foram os tribunais franceses os primeiros a reconhecerem a obrigatoriedade da cláusula compromissória.

A mais antiga decisão judicial no sentido da afirmação da autonomia da cláusula compromissória seria, segundo a Professora CATHERINE BLANCHIN²⁰¹, do Tribunal Federal suíço²⁰², datada de 28 de Maio de 1915. Nela afirma-se que a cláusula arbitral é um contrato processual e o contrato principal que a integra um contrato substantivo²⁰³.

¹⁹⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 204.

²⁰⁰ FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Litec, 1996, p. 215; Cass. 1re civ., 7 mai 1963, *Gosset*, *Juris-Classeur Périodique*, 1963.II.13405, note B. Goldman; *Journal de Droit International*, 1964.82, 1re esp., note J.-D. Bredin; *Revue Critique de Droit International Privé*, 1963, p. 615, note H. Motulsky; *Dalloz*, 1963, p. 545, note J. Robert; ANTONIAS DIMOLITSA, “Autonomie et ‘Kompetenz-Kompetenz’”, in *Revue de l'Arbitrage*, N.º 2, 1998, p. 308; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional – A determinação do estatuto da arbitragem*, Almedina, 2005, p. 120; PETER SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, I, Tübingen, 1975, pp. 243 e ss...

²⁰¹ Tribunal fédéral suisse, 28 mai 1915, *Jörg c/ Jörg*, Recueil officiel, ATF, 41 – II – 534, citado por CATHERINE BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, préf. H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, coll. Travaux et recherches Panthéon-Assas, Paris, II, 1995, p. 10; LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 73. Veja-se também: PIERRE JOLIDON, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Editions Staempfli & Cie Sa Berne, 1984, pp. 137-138; GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, Wolters Kluwer, 2015, p. 194; ADAM SAMUEL, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Schulthess, 1989, p. 162: “With consistency, untypical of the history of this subject, the Swiss courts have remained faithful to separability, since at least as far back as the 1933 decision of the Tribunal fédéral in the *Tobler* case, where the court merely restated a principle which had appeared in earlier Swiss caselaw”.

²⁰² Num acórdão do Tribunal federal suíço datado de 7 de Outubro de 1933, no caso *Tobler v. Justizkommission des Kantons Schwyz*, decidiu que “The general subjugation to arbitration for the settlement of ‘disputes’ arising from a contract, as agreed upon by the parties, also encompasses the dispute about the validity of the conclusion of this contract, that is (a dispute about) the existence of defects making the contract non-binding. The nullity of the underlying contract can therefore not result in the nullity of the arbitration agreement as well, but rather shall be only relevant for the substantive assessment of the claim by the arbitrator, (that is, only for) the claim’s consequences that the arbitrator shall decide ...”; veja-se: GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, 2nd ed., Wolters Kluwer, 2015, pp. 193-194.

²⁰³ ADAM SAMUEL, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration* ..., cit., p. 155.

O acórdão do Tribunal Federal suíço, de 9 de Outubro de 1933, no caso *Tobler v. Justizkommission des Kantons Schwyz*²⁰⁴, é o que, a nosso ver, mais claramente afirma o princípio da autonomia da cláusula compromissória. A demandante “Tobler” havia cedido as suas patentes de invenção à demandada “Blaser” por contrato datado de 13 de Abril de 1926. O contrato continha uma cláusula compromissória. Tobler intentou uma acção contra Blaser junto do Tribunal do Cantão de Schwyz. Este declinou a sua jurisdição devido à existência de uma cláusula compromissória. Blaser recorreu da decisão do Cantão de Schwyz e o Tribunal Federal suíço rejeitou o seu recurso. Ficou decidido pelo Tribunal Federal suíço que a nulidade do contrato principal não originava a nulidade da convenção de arbitragem²⁰⁵.

Outras jurisdições decidiram mais nitidamente a favor da autonomia da cláusula compromissória antes do famoso acórdão *Gosset* de 1963, da primeira câmara do cível do Tribunal de Cassação francês. Na Argentina, um acórdão de 19 de Dezembro de 1918, da *Corte Suprema de la Justicia de la Nación*, no caso *Otto Franke v. Provincia de Buenos Aires*²⁰⁶, já havia reconhecido o princípio da autonomia da cláusula compromissória, sendo que “*Una cláusula compromissoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de la demás estipulaciones del contrato, pudiéndose abstraer de las vicisitudes que lo afecten*”.

Nos Países Baixos, uma decisão do Tribunal de Apelação de Arnheim, datada de 14 de Novembro de 1934, no caso *Verhoeven*, confirmada por um acórdão do *Hoge Raad* de 27 de Dezembro de 1935 afirmou que “Quando as partes têm opiniões divergentes acerca da nulidade ou da validade dum contrato, (...) nem a lei, nem os bons

²⁰⁴ ADAM SAMUEL, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration* ..., cit., p. 162; GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 193.

²⁰⁵ “The nullity of the underlying contract can therefore not result in the nullity of the arbitration agreement (...) Pursuant to the applicable jurisprudence of the Federal Court, the arbitration agreement is not a contract of substantive but of procedural content. Even if it (the arbitration agreement) is combined in one document with the underlying contract, governed by civil law, to which it refers and thereby appears as component of the later, it is nevertheless not to be considered as a provision within (the underlying contract), but rather as an individual agreement of a special nature. Accordingly, the nullity of the main contract, assessed correctly, may not readily result in the nullity of the arbitration agreement without further considerations, but rather only under the condition that the grounds for nullity simultaneously affect the main contract and the arbitration agreement (as for example if one party signed the contract in the state of mental incapacity or was forced to sign)” (GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 193).

²⁰⁶ Corte Sup., 19.12.1918, in *Fallos* 128:402; Descrito em: www.ciarbitraje.org; veja-se também: BENEDICTE FAUVARQUE-COSSON; DIEGO P. FERNANDEZ ARROYO; JOEL MONEGER, *Codification du Droit Privé et Evolution du Droit de l'Arbitrage*, Société de Législation Comparée, 2014, p. 118.

costumes opõem-se a que elas (...) sujeitem tal litígio à arbitragem”²⁰⁷. O Supremo Tribunal da Suécia, em 1936, decidiu a favor da autonomia da cláusula compromissória²⁰⁸.

Na Inglaterra, LORD DIPLOCK da *House of Lords* afirmou no caso *Heyman v. Darwins* (1942) que a cláusula arbitral constituía um contrato separado do contrato principal²⁰⁹.

Várias decisões dos tribunais italianos referem-se claramente à autonomia da cláusula compromissória antes de 1960. MARUFI²¹⁰ esclarece numa nota ao acórdão do Tribunal de Cassação italiano, de 19 de Janeiro de 1948, que a validade da cláusula compromissória inserida num contrato inválido não fica afectada, não havendo comunicabilidade de vícios entre os dois contratos.

O Tribunal de Apelação de Nápoles, de 22 de Julho de 1950, decidiu que “*Il contratto e la clausola compromissoria sono due atti giuridici autonomi e la nullità dell’uno non invalida l’altro, anche se essi sono contenuti nel medesimo documento; di conseguenza gli arbitri sono competenti a conoscere le questioni relative alla nullità del contratto, ma non quelle relative alla nullità della clausola compromissoria*”²¹¹.

No mesmo sentido, o Tribunal de Cassação italiano, num acórdão de 20 de Fevereiro de 1957 (*Lanero*), afirmou: “*Costituendo la clausola compromissoria contenuta in un contratto non già un patto accessorio, ma un negozio giuridico separato e autonomo, i requisiti essenziali per la sua validità non possono confondersi con quelli stabiliti per la validità del contratto*”²¹².

Na Alemanha, o Tribunal Federal de Justiça (*BGH*) admitiu, em 1952, a independência da cláusula compromissória em relação ao contrato principal (*die*

²⁰⁷ In *Nederlandse Jurisprudentie*, 1936, n.º 442; *apud* CATHÉRINE BLANCHIN, *L’autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, cit., p. 10; LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 73.

²⁰⁸ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 73.

²⁰⁹ ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes ...*, cit., p. 582.

²¹⁰ MARUFI, Nota a Cassación de 19 de enero de 1948, *Giurispr. ital.*, 1948, I, 1, p. 153; *apud* LUIS MARTINEZ VASQUEZ DE CASTRO, *La clausula compromissória en el arbitraje civil*, Editorial Civitas, SA, 1984, p. 148.

²¹¹ *Tramvie Prov. Napoli c. Manicone*, App. Napoli 22 luglio 1950, *Foro it.* 1950, I, 1407; *apud* MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *Il Diritto dell’Arbitrato*, terza edizione, Cedam, 2002, p. 324.

²¹² *Lanero c. Verzello*, Cass. 20 febbraio 1957, n.º 612, *Rep. Foro It.* 1957, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, c. 180, n.º 84; MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *Il Diritto dell’Arbitrato*, cit., p. 325.

Unabhängigkeit der Schiedsklausel vom Hauptvertrag)²¹³. Em acórdão datado de 14 de Maio de 1952²¹⁴, decidiu que “Se as partes acordaram que o tribunal arbitral é chamado para decidir sobre os diferendos resultantes dum contrato, isto implica que o tribunal arbitral pode igualmente decidir que o contrato é válido e quais serão eventualmente as consequências da sua nulidade”²¹⁵.

II. As convenções internacionais em matéria arbitral não afirmam expressamente o princípio da autonomia da cláusula compromissória. A primeira convenção internacional moderna sobre a arbitragem, que é o Protocolo de Genebra de 1923, elaborado com o objectivo de assegurar a nível internacional o reconhecimento das convenções arbitrais, desconhece a autonomia da cláusula compromissória. À época, e antes da celebração do Protocolo de Genebra, a grande maioria das legislações estaduais não reconheciam a eficácia da cláusula compromissória.

A natureza jurídica da cláusula compromissória era, quando aceite, de contrato-promessa, devendo ser celebrado o compromisso arbitral na ocorrência de um litígio no âmbito da relação jurídica existente entre as Partes. Neste contexto, não havia grande margem de manobra para uma aceitação da autonomia da cláusula compromissória por todos os signatários do Protocolo. Os Estados que aderiram ao Protocolo de Genebra de 1923 aceitaram, no entanto, reconhecer a validade do compromisso e da cláusula compromissória celebrada entre partes sujeitas à jurisdição dos Estados contratantes²¹⁶.

A Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e a Execução de sentenças arbitrais estrangeiras admitiu, como o Protocolo de Genebra de 1923, a validade da cláusula compromissória no seu artigo II, n.º 1. Contudo, a Convenção de

²¹³ KLAUS LIONNET, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Zweite, neubearbeitete Auflage, Richard Boorberg verlag, 2001, p. 129.

²¹⁴ Tradução livre. Veja-se: *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1952, p. 487; *BGH*, 27 de Fevereiro de 1970, *BGHZ*, 253, p. 315; *apud* CATHÉRINE BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, cit., p. 10; LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 72. António Menezes Cordeiro atribui a ideia da autonomia da convenção de arbitragem à doutrina alemã da primeira metade do século XX, para justificar a *Kompetenz-Kompetenz* (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, 2015, p. 205).

²¹⁵ CATHÉRINE BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, cit., p. 10; LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 73.

²¹⁶ ALAN REDFERN; MARTIN HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, 2ème édition, LGDJ, 1994, p. 107.

Nova Iorque não consagra expressamente o princípio da autonomia da cláusula compromissória.

A seguir à Convenção de Nova Iorque surgiu a Convenção Europeia sobre a Arbitragem Comercial Internacional de 1961 (também conhecida como Convenção de Genebra de 1961) cujo objectivo foi organizar os procedimentos da arbitragem comercial internacional entre pessoas singulares ou colectivas para o desenvolvimento do comércio europeu. O n.º 3 do artigo V da referida Convenção dispõe que, em caso de contestação da sua competência, o árbitro tem o poder de decidir sobre a sua própria competência e sobre a existência ou validade da convenção de arbitragem, bem como do contrato em que a referida convenção se integra.

Pode-se verdadeiramente aqui notar a afirmação dum princípio de autonomia da cláusula compromissória uma vez que a alegação por uma das partes litigantes da inexistência ou invalidade do contrato em que se insere a cláusula compromissória não retira ao árbitro a competência para apreciar quer a validade do contrato principal, quer da própria cláusula compromissória. No entanto, a referida Convenção entraria em vigor apenas no dia 7 de Janeiro de 1964.

III. O caso *Gosset* representa uma viragem jurisprudencial decisiva pelo seu impacto no plano internacional na afirmação do princípio da autonomia da cláusula compromissória. Inicialmente, o Tribunal de Cassação francês havia sempre considerado, em Direito interno, que a cláusula compromissória era solidária do contrato principal. Em inúmeros acórdãos, o Tribunal de Cassação, negando aos árbitros o poder de decidir sobre a validade da sua investidura, afirmou que a acção de nulidade do contrato principal punha automaticamente em causa a validade da cláusula compromissória²¹⁷.

O acórdão do Tribunal de Cassação francês de 7 de Maio de 1963, no caso *Gosset v. Carapelli*²¹⁸, constitui uma reviravolta na solução da problemática da

²¹⁷ Com., 17 juill. 1951, *Juris-Classeur Périodique*, 1952.II.7150, note D.B.; 6 oct. 1953, *Juris-Classeur Périodique*, 1954.II.8293, S., 1954.I.149, note J. Robert, *Dalloz*, 1954.25; 14 oct. 1957, *Bull. Civ.*, n.º 252, p. 213; 28 janv. 1958, *Bull. Civ.*, n.º 49, p. 39, *Dalloz*, 1958.531, *Revue de l'arbitrage*, 1958.17, *Gazette du Palais*, 1958.1283; 18 juin 1958, *Bull. Civ.*, n.º 254, p. 208; 11 janv. 1960, *JCP*, 1960.II.11764, note Garaud, *Revue de l'arbitrage*, 1960, p. 44, *Gazette du Palais*, 1960.1.192; note Henri Motulsky, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1963, p. 620.

²¹⁸ Cass. 1re civ., 7 mai 1963, *Gosset*, *Journal de Droit International*, note J.-D. Bredin; veja-se: EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 204, N. 402; CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉROME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 506, N. 603; ADAM SAMUEL,

autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato principal. A Sociedade francesa *Gosset* procedeu à compra junto à Sociedade italiana *Carapelli* de uma importante quantidade de sementes agrícolas. No entanto, uma autorização especial para a concretização da importação da referida mercadoria não foi concedida pelas autoridades francesas.

Tendo tomado conhecimento da impossibilidade que se verificaria para o desalfandegamento das mesmas, a Sociedade francesa não revelou tal facto à Sociedade italiana, tendo até sugerido uma estipulação adicional de pagamento que passou a condicionar o pagamento das mercadorias vendidas pelo seu desalfandegamento prévio. A Sociedade italiana recorreu à jurisdição arbitral designada pela convenção de arbitragem inserida no contrato de compra e venda, que condenou *Gosset* ao pagamento de uma indemnização por perdas e danos. A sentença arbitral obteve o *exequatur* do presidente do Tribunal Civil de Marselha.

A oposição de *Gosset* contra a decisão de *exequatur* da sentença arbitral foi rejeitada pelo Tribunal. Foi sucessivamente interposto recurso perante o Tribunal de Apelação de Aix e perante o Tribunal de Cassação. Para *Gosset*, a falta de autorização havia determinado a nulidade do contrato, e, por conseguinte, sendo a cláusula compromissória dependente do contrato principal, a sentença arbitral havia sido proferida sem compromisso, ou no mínimo, com base num compromisso nulo.

O Tribunal de Cassação decidiu que “*En matière d’arbitrage international, l’accord compromissoire, qu’il soit conclu séparément ou inclus dans l’acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique excluant qu’il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte*”.

O Professor HENRI MOTULSKY²¹⁹ situa a origem desta solução jurisprudencial a vários níveis: Em primeiro lugar, considera que se trata de uma decisão motivada por correntes de pensamento “internacionalistas” da época. Em segundo lugar, salienta a importância dos trabalhos do Congresso Internacional de Arbitragem de 1961 que

Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration ..., cit., p. 163; HENRI MOTULSKY, *Écrits – Étude et notes sur l’arbitrage*, Dalloz, 2010, pp. 340 e ss.; NIGEL BLACKABY; CONSTANTINE PARTASIDES, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th edition, Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015, p. 105; CATHERINE KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, cit., pp. 462-463.

²¹⁹ Cass. 1re civ. 7 mai 1963, *Gosset*, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1963, note Henri Motulsky, p. 621.

demonstraram a resistência de alguns países europeus como a França, a Inglaterra ou a Bélgica em relação à independência da cláusula compromissória. Em terceiro lugar, a consagração da autonomia da cláusula compromissória na Convenção de Genebra de 1961 (artigos V et VI) influenciou a posição do Tribunal de Cassação francês.

A jurisprudência *Gosset* foi seguida por várias decisões dos Tribunais de Apelação franceses, v.g. os acórdãos do Tribunal de Apelação de Paris, de 21 de Fevereiro de 1964²²⁰ e de 19 de Junho de 1970²²¹, bem como o acórdão do Tribunal de Apelação de Orléans, de 15 de Fevereiro de 1966²²², etc..

A jurisprudência do Tribunal de Cassação francês no caso *Gosset* foi ainda seguida por Tribunais arbitrais da CCI e estrangeiros, v.g. no caso CCI n.º 1512 (1967) *Indian cement company v. Pakistani bank*, em que PIERRE LALIVE, na qualidade de árbitro único, afirmou: “*It is superfluous to stress the independent character of the arbitration clause and the fact that the nature of the undertaking to arbitrate does not change because it happens to be included in a contract having a different object, such as a contract of sale or of guarantee, rather than in a separate arbitration agreement*”²²³.

No caso CCI n.º 1526 (1968), a sentença faz expressamente referência à jurisprudência do Tribunal de Cassação francês, ao afirmar que “*C’est aussi une règle maintenant admise en matière d’arbitrage international ou en voie de l’être généralement que, selon la formule de la Cour de Cassation de France, l’accord compromissoire, qu’il soit conclu séparément ou inclus dans l’acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu’il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte*”²²⁴.

Se, à partida, o princípio da autonomia da cláusula compromissória foi afirmado pelo Tribunal de Cassação francês, em matéria de arbitragem internacional, o mesmo acabou posteriormente por aplicar-se nas arbitragens internas. Pode-se por exemplo notar que, no caso *Impex* (1971), o Tribunal de Cassação francês, para afirmar a

²²⁰ Paris, 21 février 1964, *JDI*, 1965, p. 113, note B. Goldman.

²²¹ Paris, 19 juin 1970, *JDI*, 1971, p. 833, note B. Oppetit.

²²² Orléans, 15 février 1966, *D.*, 1966, p. 340, note J. Robert

²²³ SIGVARD JARVIN; YVES DERAIS, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 36

²²⁴ In *Journal de Droit International*, 1974, p. 915.

autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato principal que a continha, recorda o carácter internacional da arbitragem²²⁵.

A autonomia da cláusula compromissória veio a ser afirmada, em matéria de arbitragem interna, em primeiro lugar, pelo Tribunal de Apelação de Paris, no caso *Sam c/ Perrin* (1998), nos seguintes termos: “*La clause compromissoire constitue une convention de procédure autonome et distincte de la convention principale liant les parties sur le fond du litige, qu’elle doit pouvoir être mise en oeuvre indépendamment de l’existence ou de la validité du contrat principal conformément à la volonté commune des parties*”²²⁶.

O Tribunal de Cassação francês no caso *Toulouzy c/ SNC Philam* (2002)²²⁷, veio afirmar (ou confirmar) a autonomia da cláusula compromissória na arbitragem interna. Nos seus termos: “*La clause compromissoire présentant, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s’insère, une autonomie juridique qui exclut qu’elle puisse être affectée par l’inefficacité de cet acte, l’arrêt retient à bon droit que l’éventuelle nullité du contrat de sous-traitance est sans incidence sur la validité de la clause compromissoire*”²²⁸.

²²⁵ Lê-se que “(...) attendu que la Cour d’appel constate que l’accord compromissoire litigieux soumet à la juridiction des chambres arbitrales désignées ‘toute contestation survenant à l’occasion de la présente affaire, même celle concernant son existence et sa validité’; qu’ayant ensuite justement reconnu le caractère international à l’accord compromissoire relatif à l’exécution de contrats qui ont pour objet ‘l’exploitation de France en Italie, d’orge de brasserie vendu par une société française ayant son siège social en France à des sociétés italiennes ayant en Italie leur propre siège social’ mettant ‘ainsi en jeu des intérêts du commerce international’ elle a non moins justement décidé qu’en vertu dudit accord compromissoire, juridiquement autonome en droit international privé français, les chambres arbitrales ont exclusivement qualité pour statuer sur les litiges entrant dans le cadre de la mission qui leur a été conférée sous le contrôle du juge de l’exequatur” (Cass. 1re civ., *Journal de Droit International*, 1972, p. 62).

²²⁶ Paris, 1re ch. C., 8 oct. 1998, *Revue de l’arbitrage*, N.º 2, 1999, p. 355, note Pascal Ancel e Olivier Gout: “L’originalité de l’arrêt rapporté vient de ce que, en l’espèce, il s’agissait d’un arbitrage interne. Or, en ce domaine, jamais l’autonomie de la clause compromissoire n’a été jusqu’ici consacrée par la Cour de Cassation. Dans les dernières décisions qu’elle a rendues sur cette question en matière d’arbitrage interne, la Cour de Cassation liait la validité de la clause compromissoire à celle du contrat qui la contient. Certes, il s’agit de décisions relativement anciennes, et qui ne sont plus guère significatives, mais il faut observer que, dans les nombreuses décisions rendues dans la lignée de l’arrêt *Gosset*, la Haute juridiction prend toujours soin de rattacher l’affirmation de l’autonomie de la clause compromissoire au caractère international de l’arbitrage. Et il en allait de même, jusque-là, des arrêts rendus par la Cour d’appel de Paris. L’arrêt commenté n’a, à notre connaissance, qu’un précédent, dont la portée jurisprudentielle est évidemment très limitée: dans une ordonnance de référé inédite du 12 février 1991, le Tribunal de grande instance de Paris, avait déjà admis l’autonomie de la clause compromissoire en matière interne, dans des termes très voisins de ceux utilisés par la Cour d’appel de Paris”.

²²⁷ Cass. Ch. Com. 9 avril 2002, *Revue de l’arbitrage*, N.º 1, p. 105.

²²⁸ Cass. Ch. Com. 9 avril 2002, *Revue de l’arbitrage*, N.º 1, p. 105.

1.2. Alcance do princípio da autonomia da cláusula compromissória

1.2.1. Em França

A autonomia da cláusula compromissória tem um duplo alcance na jurisprudência francesa resultante do caso *Gosset*²²⁹. Trata-se de uma contribuição significativa na construção do princípio da autonomia da cláusula compromissória no âmbito da arbitragem comercial internacional.

1º O alcance da autonomia resultante do caso *Gosset*

a) A autonomia material

I. A autonomia da cláusula compromissória significa que a cláusula compromissória é independente do contrato principal no qual ela se insere, de sorte que a invalidade deste não influi sobre a validade e a eficácia da cláusula compromissória. Por outras palavras, a autonomia da cláusula compromissória significa que a sua validade e eficácia devem ser apreciadas separadamente²³⁰. Por conseguinte, não será mais possível contornar a cláusula compromissória sob a alegação da nulidade do contrato. A cláusula compromissória aplicar-se-á ao menos durante o tempo em que o tribunal arbitral deva decidir sobre a validade do contrato principal²³¹. A cláusula compromissória fica imune em relação às fragilidades do contrato principal, sendo um

²²⁹ Veja-se também: RENÉ DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, p. 268; LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., pp. 74 e ss.

²³⁰ FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, cit., pp. 213-214; EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, *Kluwer Law International*, cit., p. 198, N. 389; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 120; LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, Almedina, 2016, p. 147: “A competência-competência pode ser considerada como o instrumento processual do princípio da autonomia, que o habilita a decidir, ele próprio, sobre a nulidade do contrato principal, mesmo que se trate de uma nulidade *ab ovo* do referido contrato principal. Quando a convenção de arbitragem é considerada um contrato autónomo ou separado, os árbitros podem decidir sobre a validade do contrato principal, e se este for nulo, “não verão cortado o ramo da árvore sobre o qual estão sentados”. A mesma coisa se passa quando o contrato principal já cessou de produzir os seus efeitos entre as partes e os árbitros são chamados a decidir sobre as consequências dessa cessação contratual ou em casos em que ocorra a novação. Fouchard, Gaillard e Goldman observam que os dois princípios não se confundem e têm cada um o seu significado próprio, existindo, no entanto, entre eles uma relação lógica”.

²³¹ THOMAS CLAY; PHILIPPE PINSOLLE, “De l'autonomie de la convention d'arbitrage à l'autonomie de la sentence arbitrale”, in *Journal de Droit International*, Vol. 2015, T. 1, p. 20.

contrato dentro dum outro contrato. Existem dois *negotia* num mesmo *instrumentum*²³². É precisamente neste sentido que se pronunciou o Tribunal de Cassação francês no caso *Gosset*.

II. Em relação a esta primeira acepção da autonomia da cláusula compromissória, duas observações devem ser aqui feitas. A autonomia da cláusula compromissória não implica que esta deva merecer uma aceitação adrede, ou seja, distinta da do contrato principal. Esta posição vem bem firmada na doutrina e na jurisprudência internacionais. No caso CCI n.º 4381 (1986)²³³, o demandado quis evitar a realização da arbitragem alegando que a autonomia jurídica da cláusula compromissória tinha por efeito que a manifestação do consentimento das partes no contrato principal não implicava um eventual acordo relativamente à cláusula compromissória. O tribunal rejeitou esse argumento. Como bem referiu YVES DERAINS²³⁴, comentando a referida decisão, a necessidade de um consentimento distinto em relação à cláusula compromissória poderia, apenas no caso concreto, resultar de um formalismo particular imposto por uma lei aplicável que exigisse especialmente, por exemplo, uma rubrica à cláusula.

A autonomia da cláusula compromissória não significa que ela não possa ser transmitida conjuntamente com o contrato principal. É perfeitamente admitida na doutrina e na jurisprudência internacionais²³⁵ a transmissão da convenção de arbitragem, ou seja, da cláusula compromissória, em casos de contrato a favor de terceiro, contrato para pessoa a nomear, cessão de posição contratual, cessão de créditos, cadeia de contratos translativos de propriedade, *etc.* Vários argumentos são apresentados para sustentar a transmissão da cláusula arbitral nas hipóteses acima referidas: consentimento tácito das partes, qualificação da cláusula compromissória como elemento acessório do contrato principal, *etc.*²³⁶.

²³² THOMAS CLAY; PHILIPPE PINSOLLE, “De l’autonomie de la convention d’arbitrage à l’autonomie de la sentence arbitrale”, cit., p. 20.

²³³ In *Journal de Droit International*, 1986, pp. 1103 e ss.

²³⁴ In *Journal de Droit International*, 1986, pp. 1103 e ss.

²³⁵ CARVALHO; GOUVEIA, “Arbitragens complexas: questões materiais e processuais”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 4, Almedina, 2011, p. 122.

²³⁶ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A ‘autonomia’ da cláusula compromissória e a competência da competência do tribunal arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, 2008, pp. 353-378; CARVALHO; GOUVEIA, “Arbitragens Complexas: Questões Materiais e Processuais”, cit., p. 116; CARLA GONÇALVES BORGES; RICARDO NETO GALVÃO, “A extensão da Convenção de Arbitragem a Não Signatários”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e*

III. A autonomia da cláusula compromissória foi relativizada por alguns autores. Para o Professor PIERRE MAYER²³⁷, a cláusula inserida num contrato só pode em circunstâncias excepcionais ser considerada como sendo um contrato distinto, demonstrando que as partes quiseram efectivamente tratar essa cláusula de forma independente em relação ao resto do contrato. É preciso que: (i) a duração dos dois contratos possa diferir; (ii) a inexecução de um não influa sobre a eficácia do outro; (iii) a nulidade de um não afecte a validade do outro e, sobretudo; (iv) cada um constitua um todo auto-suficiente. A convenção de arbitragem não é concluída *in vacuo* (no vazio): é sempre em função do contrato principal que ela se justifica²³⁸.

Os Professores ANCEL e GOUT²³⁹ contestaram a argumentação daquele autor. Segundo eles, existe um número considerável de casos em que um determinado contrato só faz sentido em relação a outro contrato, sem que haja dúvidas sobre o carácter distinto de cada um deles, sendo certo que as partes são as mesmas nos dois contratos. Assim, nunca foi discutido o facto de o compromisso que se reporta a um litígio de natureza contratual ser um contrato autónomo, mesmo que o compromisso não se possa conceber sem a presença do contrato principal. Num outro domínio, pode-se dar o exemplo de contratos constitutivos de garantia, os quais são indiscutivelmente convenções distintas dos contratos de crédito (mútuo) a que se reportam, mesmo que sejam incorporados num mesmo *instrumentum*. Por exemplo, a constituição de hipoteca, feita pelo mutuário, não se confunde com o *negotium*, o contrato de mútuo. Contudo, a sua duração é a mesma que a do mútuo. A não devolução do montante mutuado vai originar a execução da hipoteca, e a nulidade do contrato garantido determina a nulidade da garantia. Os dois contratos formam, economicamente, um conjunto indissociável, objecto de uma negociação única. Por conseguinte, a estreita relação existente entre a cláusula compromissória e o contrato principal não permite, por si só, excluir a autonomia daquela²⁴⁰.

Indústria Portuguesa, Almedina, 2013, pp. 131 e ss; CORREIA FERNANDES BARTOLOMEU, *Arbitragem Voluntária como Meio Extrajudicial de Resolução de Conflitos em Angola*, Almedina, 2014, p. 104.

²³⁷ PIERRE MAYER, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, in *Revue de l’arbitrage*, 1998, pp. 360-361.

²³⁸ Veja-se: LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 148.

²³⁹ PASCAL ANCEL; OLIVIER GOUT, “L’autonomie de la clause compromissoire en matière d’arbitrage interne”, note sous Cour d’appel de Paris (1^{re} Chambre), 8 octobre 1998, in *Revue de l’arbitrage*, 1999, n.º 2, pp. 358 e ss.

²⁴⁰ LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 149.

b) A autonomia jurídica

A autonomia da cláusula compromissória significa ainda, interpretando-se o caso *Gosset*, que a cláusula compromissória, na arbitragem internacional, pode estar sujeita a uma lei diferente daquela que rege o contrato em que se insere. O reconhecimento da independência face ao contrato principal da cláusula compromissória, preconizada pelo Tribunal de Cassação francês no caso *Gosset*, por aplicação do princípio da autonomia, não eliminava a necessidade de submeter a cláusula compromissória a uma lei que admita a sua validade²⁴¹. Nos casos em que a mesma lei devesse aplicar-se ao contrato principal e à cláusula compromissória, a cláusula não seria nula se a lei aplicável o determinasse.

No caso *Gosset*, o Tribunal de Cassação francês admitiu o princípio da autonomia da cláusula compromissória na arbitragem internacional com alguma reserva, ao determinar que “*L’accord compromissoire, qu’il soit conclu séparément ou inclus dans l’acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique excluant qu’il puisse être affecté par une invalidité de cet acte (...)*”²⁴².

Que circunstâncias excepcionais constituiriam exceções à autonomia da cláusula compromissória que o Tribunal de Cassação francês designou como “acordo compromissório”? Trata-se, de acordo com o Professor HENRI MOTULSKY²⁴³, da alegação de vícios de consentimento que afectem quer o contrato principal, quer a cláusula compromissória. Pode-se citar como exemplo a coacção absoluta que torna inválidas todas as cláusulas do contrato, incluindo a cláusula compromissória. Para o Professor BERTHOLD GOLDMAN²⁴⁴, trata-se na realidade de casos de nulidades

²⁴¹ Note Bruno Oppétit, sous Cass. 1re civ., 4 juillet 1972, in *Journal de Droit International*, 1972, Ano 99, p. 845.

²⁴² “In the *Gosset* case, the French Cour de Cassation recognized the doctrine of separability in very broad terms as follows: In international arbitration, the agreement to arbitrate, whether concluded separately or included in the contract to which it relates, is always save in exceptional circumstances ... completely autonomous in law, which excludes the possibility of it being affected by the possible invalidity of the main contract. Five years later, the US Supreme Court also recognised the separability of the arbitration clause in the *Prima Paint* case; and modern laws on arbitration confirm the concept” (NIGEL BLACKABY; CONSTANTINE PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., 2009, N.ºs 2.94 – 2.95).

²⁴³ Cass. 1re civ. 7 mai 1963, *Gosset*, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1963, note Henri Motulsky, p. 621.

²⁴⁴ BERTHOLD GOLDMAN, *Rep. Dr. Int. Pr. V.º Arbitrage (droit international privé)*, n.º 57.

convergentes. Os Professores DOLINGER e TIBURCIO²⁴⁵ observam que, com o tempo, a jurisprudência evoluiu no sentido de consagrar a regra de forma absoluta, ou seja, sem referência a eventuais “situações excepcionais” a que o acórdão de 1963 fazia referência.

A autonomia da cláusula compromissória determina a sua independência em relação ao contrato principal, de modo que a invalidade do contrato principal não afecta a validade da cláusula compromissória. Sendo o contrato principal nulo ou anulável, a cláusula compromissória mantém-se em todo o caso válida para fundamentar a competência do Tribunal arbitral para proferir a sentença arbitral que constate a nulidade ou a anulabilidade do contrato principal. A imunidade da cláusula compromissória estende-se às situações de cessação do contrato principal por resolução, rescisão, novação ou inexistência²⁴⁶.

2º O caso *Hecht*: Afirmação da autonomia completa da cláusula compromissória, i.e., em relação ao contrato principal e a qualquer lei estadual (Princípio de licitude da cláusula compromissória)

O Tribunal de Cassação francês evoluiu, dando um significado mais amplo à autonomia da cláusula compromissória no caso *Hecht* (1972)²⁴⁷ relativamente ao caso *Gosset* que acabamos de referir. A fórmula do Tribunal é curta, mas as suas consequências são enormes. Segundo o Tribunal: “(...) *attendu qu’ayant relevé le caractère international du contrat qui liait les parties et rappelé qu’en matière d’arbitrage international l’accord compromissoire présente une complète autonomie, l’arrêt attaqué en a justement déduit que la clause litigieuse devait en l’espèce recevoir application*”.

Esta segunda orientação do princípio da autonomia da cláusula compromissória revelou um significado de “autonomia completa”, ou seja, de autonomia em relação a qualquer lei estadual. Por outras palavras, a validade da cláusula compromissória deve ser apreciada independentemente da referência a qualquer lei estadual. Esta afirmação

²⁴⁵ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, cit., p. 174.

²⁴⁶ FOULARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l’Arbitrage Commercial International*, cit., p. 225; ANTONIAS DIMOLITSA, “Autonomie e ‘Kompetenz-Kompetenz’”, cit., p. 309.

²⁴⁷ Cass. 1re civ., 4 juillet 1972, note Bruno Oppéit, in *Journal de Droit International*, 1972, Ano 99, p. 845.

conduziu ao que se chamou “princípio de licitude” da convenção de arbitragem. A autonomia da cláusula compromissória em matéria da arbitragem internacional é completa, não se entendendo apenas no sentido da sua independência em relação ao contrato principal, mas também em relação às legislações estaduais.

O Tribunal de Apelação de Paris retomou no seu acórdão *Menicucci*, de 13 de Dezembro de 1975²⁴⁸, a jurisprudência do Tribunal de Cassação, segundo a qual “*L’accord compromissoire en matière d’arbitrage international est valable comme présentant une complète autonomie*”. Da mesma forma, o Tribunal de Toulouse afirmou a autonomia completa da cláusula compromissória no caso *Behar*²⁴⁹.

3º O caso *Dalico*: Afirmção do princípio segundo o qual, em matéria de arbitragem internacional, a validade e eficácia da cláusula compromissória dependem apenas do consentimento das partes à arbitragem, sob reserva das disposições imperativas do Direito francês e da ordem pública internacional (Princípio de validade da cláusula compromissória ou anacionalidade da cláusula compromissória)²⁵⁰

Em decisões relativamente recentes, o Tribunal de Cassação procurou circunscrever o princípio da autonomia através do requisito da conformidade da cláusula compromissória com as exigências da ordem pública internacional. São casos de referência: *Ducler*²⁵¹, *Jaguar*²⁵², *Gatoil*²⁵³ e *Dalico*²⁵⁴. Interessa referir em particular este último caso. No célebre caso *Dalico*, que envolveu o *Comité Populaire de la Municipalité d’El Mergeb* (Líbia) à sociedade dinamarquesa *Dalico Contractors*, o

²⁴⁸ Paris, 4e ch, 13 déc. 1975, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 1976, 509; *Revue de l’arbitrage*, 1977, p. 147, note Ph. Fouchard.

²⁴⁹ Toulouse, 26 oct. 1982, *Journal de Droit International*, 1984, p. 603, note H. Synvet.

²⁵⁰ SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, in *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (AHLADI)*, Vol. 23, Madrid, 2017, p. 204.

²⁵¹ Paris, 8 mars 1990, 2e esp., *Revue de l’arbitrage*, 1990, p. 675, note P. Mayer.

²⁵² Paris, 7 déc. 1994, *Revue de l’arbitrage*, 1996, p. 245, note Ch. Jarrosson.

²⁵³ Paris, 17 déc. 1991, *Revue de l’arbitrage*, 1993, p. 281, note H. Synvet : “en matière d’arbitrage international, le principe de l’autonomie de la clause compromissoire est d’application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d’arbitrage, hors de toute référence à un système de conflits de lois, la validité de la convention devant être contrôlée au regard des seules exigences de l’ordre public international”.

²⁵⁴ Paris, 26 mars 1991, *Revue de l’arbitrage*, 1991, p. 456, note H. Gaudemet-Tallon; Cass. Civ. 1re, 20 déc. 1993, *Journal de Droit International*, 1994, p. 432, note E. Gaillard et note E. Loquin (p. 692); *Revue Critique de Droit International Privé*, 1994, p. 663, note P. Mayer; *Revue de l’arbitrage*, 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon.

Tribunal de Cassação francês, num acórdão datado de 20 de Dezembro de 1993, confirmou o acórdão do Tribunal de Apelação de Paris que rejeitou o argumento segundo o qual a existência e a validade da convenção de arbitragem deveriam ser apreciadas à luz da lei líbia. Nos termos do referido acórdão: “*En vertu d’une règle matérielle du droit international de l’arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et son existence et son efficacité s’apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l’ordre public international, d’après la commune volonté des parties, sans qu’il soit nécessaire de se référer à une loi étatique*”.

A validade e a eficácia da cláusula compromissória devem apenas depender da questão de saber se as partes consentiram efectivamente à arbitragem (princípio de validade da cláusula compromissória), sob reserva da ordem pública internacional e das regras imperativas do Direito francês. A lei estadual normalmente designada pelas regras de conflito de leis deverá ser afastada, na medida em que a sua aplicação possa conduzir à anulação da cláusula compromissória²⁵⁵.

Segundo a doutrina francesa, o conteúdo da ordem pública internacional, do ponto de vista do seu papel de salvaguarda dos valores intangíveis do foro, reconduz-se às exigências mínimas de justiça que equivalem às exigências do comércio internacional tais como são concebidas pelos tribunais franceses, ou às exigências mínimas de justiça sem as quais não se pode considerar que as partes se comprometeram validamente nos termos de uma convenção de arbitragem internacional²⁵⁶. Por outras palavras, trata-se do núcleo duro de raros casos de invalidade das cláusulas compromissórias em matéria internacional, em razão de serem contrários às exigências fundamentais francesas, de que não se pode admitir a transgressão, mesmo em matéria internacional²⁵⁷. A doutrina refere-se aos seguintes exemplos: uma cláusula compromissória resultante de fraude ou subscrita em consequência de corrupção, envolvendo uma das partes; a oponibilidade da cláusula

²⁵⁵ JEAN BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l’épreuve de l’arbitrage*, LGDJ, Lextenso Editions, 2013, p. 208; JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l’arbitrage*, PUF, 2016, p. 156; W. LAWRENCE CRAIG; WILLIAM W. PARK; JAN PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, NY, 2000, p. 554.

²⁵⁶ ISMAIL SÉLIM, *L’ordre public international in favorem arbitrandum*, Éditions Universitaires Européennes, 2012, p. 180, N. 282.

²⁵⁷ ISMAIL SÉLIM, *L’ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 180, N. 282.

compromissória inserida num contrato em detrimento da parte mais fraca que ainda não adquiriu os seus direitos²⁵⁸.

4º O caso *Zanzi*: Afirmação do princípio de validade e eficácia próprias da cláusula compromissória, sem recurso ao princípio da autonomia da cláusula compromissória

a) O princípio

No caso que opôs o Sr. Zanzi à J. De Coninck e outros²⁵⁹, o Tribunal de Cassação francês decidiu, por acórdão datado de 5 de Janeiro de 1999, que, em matéria internacional, a cláusula compromissória beneficiava dum *princípio de validade* que não sofria quaisquer excepções²⁶⁰. O acórdão do Tribunal de Cassação francês faz da validade da cláusula compromissória sem qualquer requisito de comercialidade, em matéria de arbitragem internacional, um princípio, quando na sua jurisprudência anterior essa solução decorria do princípio da autonomia da cláusula compromissória²⁶¹.

b) Críticas à jurisprudência francesa da “autonomia completa”, ou princípio de “validade e eficácia próprias” da cláusula compromissória

I. Uma conclusão impõe-se *au regard* da jurisprudência francesa: a internacionalidade altera a aplicação da norma jurídica²⁶². E assim será, conforme analisaremos *infra*, em relação à proibição da arbitragem imposta às pessoas colectivas

²⁵⁸ ISMAIL SÉLIM, *L'ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 180, N. 282.

²⁵⁹ Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, *Journal de Droit International*, 1999, p. 784, note S. Poillot Peruzzetto; *Revue de l'arbitrage*, 1999, p. 260, note Fouchard; *Revue Critique de Droit International Privé*, 1999, p. 546, note D. Bureau; *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1999, note E. Loquin.

²⁶⁰ THOMAS CLAY; PHILIPPE PINSOLLE, “De l'autonomie de la convention d'arbitrage à l'autonomie de la sentence arbitrale”, cit., p. 20.

²⁶¹ Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, *Journal de Droit International*, 1999, p. 784, note S. Poillot Peruzzetto; “(...) mais là où naguère, la jurisprudence se fondait pour parvenir à un tel résultat sur l'autonomie de la clause compromissoire, elle se référerait désormais à un principe de validité de cette dernière. Autrement dit, ce qui n'était autrefois considéré que comme une conséquence du principe d'autonomie se verrait érigé à son tour en principe” (*Revue Critique de Droit International Privé*, 1999, p. 546, note D. Bureau); JEAN-PIERRE ANCEL, “Arbitrage et internationalité – Quelques réflexions et propositions”, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 18.

²⁶² JEAN-PIERRE ANCEL, “Arbitrage et internationalité – Quelques réflexions et propositions”, cit., p. 18.

de Direito público, cuja aplicação foi circunscrita pelo Tribunal de Cassação francês a um nível estritamente interno²⁶³. O princípio da validade e eficácia próprias da cláusula compromissória sofreu várias críticas da doutrina francesa.

II. O Professor PIERRE MAYER²⁶⁴ considera insustentável a jurisprudência do Tribunal de Apelação de Paris e do Tribunal de Cassação francês. Tal jurisprudência traduziria uma falta de seriedade. Em primeiro lugar, quando a jurisprudência francesa fixa uma regra, trata-se necessariamente de uma regra do Direito francês. A validação das cláusulas compromissórias pelos tribunais, em matéria internacional, não se passa independentemente do Direito francês. Por conseguinte, a “autonomia completa” ou “a validade ou eficácia próprias” não têm sentido²⁶⁵.

Em segundo lugar, o “princípio de validade” implicaria que uma cláusula compromissória não fosse susceptível de anulação por razões de incapacidade, de vício de consentimento, de não-arbitrabilidade. Isto, obviamente, é inadmissível²⁶⁶. Segundo ele: “*Un contrat est valable s’il n’est pas atteint par une cause de nullité; voudrait-on dire qu’une clause compromissoire n’est pas susceptible d’être nulle pour cause d’incapacité, de vice du consentement, d’inarbitrabilité, etc? Ce n’est pas sérieux*”²⁶⁷.

O único alcance razoável do princípio de autonomia ou “princípio de validade” é, segundo este autor, a ausência de nulidade da cláusula compromissória em si mesma, ou seja, a sua equiparação ao compromisso arbitral, de tal modo que a condenação da cláusula compromissória ou a limitação dos seus efeitos não possam constituir um entrave à submissão dos litígios à arbitragem. E, deste ponto de vista, vários ordenamentos jurídicos já atribuíram à cláusula compromissória a natureza de contrato definitivo²⁶⁸.

²⁶³ JEAN-PIERRE ANCEL, “Arbitrage et internationalité – Quelques réflexions et propositions”, cit., p. 18.

²⁶⁴ PIERRE MAYER, “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence”, in *RCADI*, 1989, pp. 433-434.

²⁶⁵ PIERRE MAYER, “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence”, cit., p. 433.

²⁶⁶ PIERRE MAYER, “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence”, cit., p. 433.

²⁶⁷ PIERRE MAYER, “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence”, cit., p. 433.

²⁶⁸ PIERRE MAYER, “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence”, cit., pp. 433-434.

III. A Professora HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON²⁶⁹ considera discutível e incoerente o denominado “princípio de validade da cláusula compromissória”. A validade de um acto depende da satisfação de determinados requisitos de fundo e de forma estipulados por uma norma pré-existente. Se é verdade que tais requisitos possam ser menos rigorosos, é de todo impensável que não existam. Numa fórmula que ficou célebre, escreveu a referida autora que “*Un acte ne peut être ‘en principe valable’: il n’est valable que s’il remplit des conditions de forme et de fond posées par une norme logiquement première par rapport à cet acte; ces conditions peuvent être peu sévères, elles ne sauraient être inexistantes*”²⁷⁰.

A mesma posição é defendida pela Professora VAN DE CASTEELE²⁷¹, para quem não existe um princípio de validade da cláusula compromissória. A afirmação dum princípio pretoriano de validade não corresponde a qualquer realidade, pois a cláusula deve ser, no mínimo, conforme à ordem pública internacional. Existirá, sim, um princípio de licitude da cláusula compromissória.

IV. Para o Professor PHILIPPE FOUCHARD²⁷², o princípio de validade da cláusula compromissória significa, por um lado, que a existência e a eficácia da cláusula compromissória devem ser apreciadas sem referência a uma lei estadual; mas não se dispensa a parte que a alegue de provar a sua existência, isto é, provar a realidade e a integridade do consentimento das partes. Por outro lado, o princípio de validade deve ser entendido como um princípio de licitude.

V. No entender do Professor JEAN-BAPTISTE RACINE²⁷³, o princípio de validade apresenta uma utilidade inquestionável. Prossegue o objectivo do Direito francês da arbitragem internacional que é o de favorecer a eficácia da convenção de arbitragem. A finalidade é reduzir substancialmente as causas de invalidade da convenção de arbitragem. A convenção de arbitragem é normalmente válida, salvo se

²⁶⁹ HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, note sous Paris, 26 mars 1991, *Dalico*, *Revue de l’arbitrage*, 1991, pp. 456 e 469.

²⁷⁰ HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, note sous Paris, 26 mars 1991, *Dalico*, cit., p. 469.

²⁷¹ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., pp. 142-143.

²⁷² PHILIPPE FOUCHARD, note sous Cass. 1re civ., 5 janvier 1999, *Zanzi*, in *Revue de l’arbitrage*, 1999, p. 268; SYLVAIN BOLLÉE, “La clause compromissoire et le droit commun des conventions”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 4, 2005, pp. 917-928.

²⁷³ JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l’arbitrage*, PUF, 2016, p. 111.

for provado, por via de excepção, que contraria as concepções fundamentais do Direito francês pertencentes à ordem pública internacional.

O princípio de validade seria uma manifestação do princípio do *favor arbitrandum*²⁷⁴. Segundo o referido autor: “*En cela, il est une spécificité du droit français, le principe ne se retrouvant pas en droit comparé. Le principe de validité est la manifestation d’un principe plus général que l’on peut appeler principe de faveur ou principe d’efficacité*”²⁷⁵.

5º O caso *Unikod*: uma possível reconsideração da relevância das disposições imperativas na apreciação da validade e eficácia da cláusula compromissória internacional?

O acórdão do Tribunal de Cassação francês, de 30 de Março de 2004 (*Unikod*)²⁷⁶ parece menos categórico do que o acórdão *Zanzi*, entendendo “*Qu’en vertu d’une règle matérielle du droit de l’arbitrage international, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s’apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l’ordre public international, d’après la commune volonté des parties, sans qu’il soit nécessaire de se référer à une loi étatique*”.

Contrariamente a SERAGLINI e ORTSCHIEDT²⁷⁷, o Professor RACINE²⁷⁸ não considera que a *Cour de Cassation* tenha querido retroceder em relação à sua jurisprudência anterior. O acórdão apenas reconhece, segundo este autor, o carácter supletivo da regra do caso *Dalico*, em presença de uma escolha das partes quanto à lei aplicável à convenção de arbitragem.

²⁷⁴ JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l’arbitrage*, cit., p. 112.

²⁷⁵ JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l’arbitrage*, cit., p. 112.

²⁷⁶ Civ. 1re, 30 mars 2004, *Unikod*, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 2004, p. 443, obs. E. Loquin.

²⁷⁷ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, Montchrestien, Lextenso Éditions, 2013, p. 493.

²⁷⁸ JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l’arbitrage*, cit., p. 109.

6º O caso *Jules Verne*: uma confirmação da jurisprudência do caso *Zanzi*

No caso *Jules Verne* (2006)²⁷⁹, o Tribunal de Cassação francês reafirma o princípio de validade da convenção de arbitragem internacional. De acordo com o Tribunal: “*Le principe de validité de la convention d’arbitrage international et celui selon lequel il appartient à l’arbitre de statuer sur sa compétence sont des règles matérielles du droit français de l’arbitrage international, qui consacrent d’une part, la licéité de la clause d’arbitrage indépendamment de toute référence à une loi étatique et, d’autre part, l’efficacité de l’arbitrage en permettant à l’arbitre, saisi d’une contestation de son pouvoir juridictionnel, de la trancher par priorité*”.

1.2.2. Na doutrina e jurisprudência internacionais²⁸⁰

I. Na doutrina internacional, o princípio da autonomia da cláusula compromissória tem um duplo sentido, a saber: (i) a cláusula compromissória é independente do contrato principal, pelo que a sua invalidade não afecta automaticamente a validade da cláusula compromissória; (ii) a validade da convenção de arbitragem internacional pode ser apreciada à luz de um Direito diferente da lei que rege o contrato principal, sem no entanto a afirmação de um princípio de validade da cláusula compromissória, como na jurisprudência francesa.

Por um lado, a doutrina maioritária admite a fórmula bem conhecida do Juiz STEPHEN SCHWEBEL²⁸¹ segundo a qual, quando as partes celebram um contrato que contenha uma cláusula compromissória celebram, não um, mas dois contratos. Segundo ele: “*Thus when the parties to an agreement containing an arbitration clause enter into that agreement, they conclude not one but two agreements, the arbitral twin of which survives any birth defect or acquired disability of the principal agreement*”.

²⁷⁹ Civ. 1re, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne et a.*, in *Revue de l’arbitrage*, 2006, p. 945, note E. Gaillard.

²⁸⁰ RENÉ DAVID, *L’arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, p. 265; ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema 21. Arbitraje privado internacional”, in *Derecho del Comercio Internacional*, Alfonso-Luis Calvo Caravaca; Javier Carrascosa González (Dir.), Colex, 2012, p. 1785.

²⁸¹ STEPHEN SCHWEBEL, “The Severability of the Arbitration Agreement”, in *International Arbitration: Three Salient Problems*, Grotius, 1987, p. 5.

Neste mesmo sentido se pronuncia o Professor RUBINO-SAMMARTANO²⁸²: “*La teoria che sostiene l’autonomia della convenzione arbitrale ritiene che le parti in realtà hanno sostanzialmente stipulato due contratti, vale a dire, oltre al contratto principale, un contratto a parte, destinato a disciplinar le controversie che da esso traggano origine, il quale avrebbe dunque solo l’apparenza di una semplice clausola*”.

Por outro lado, como analisaremos *infra* (ponto 2), a maioria das legislações estudadas admitem, com algumas divergências, em sede de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, a validade de uma convenção de arbitragem quando, embora não sendo conforme à *lex fori*, o seja em relação à *lex compromissi* ou à *lex contractus*.

O princípio da autonomia (separabilidade) da convenção de arbitragem tem as seguintes consequências: a não existência ou invalidade do contrato principal não invalida necessariamente a convenção de arbitragem; a invalidade da cláusula compromissória não afecta necessariamente o contrato principal²⁸³; a lei reguladora da cláusula compromissória pode ser diferente da lei aplicável ao contrato principal; a possível aplicação de normas jurídicas diferentes dentro do mesmo sistema jurídico à cláusula compromissória e ao contrato principal²⁸⁴; a cláusula compromissória pode sobreviver à cessação do contrato principal; e o princípio da autonomia (separabilidade) implica o poder do árbitro de decidir sobre a sua própria competência²⁸⁵.

A doutrina internacional admite as seguintes excepções ao princípio da autonomia da convenção de arbitragem, englobadas na teoria designada por *phenomenon of “identity of defect” (Fehleridentität)*²⁸⁶: a falta de capacidade contratual de uma das partes; a falta ou o excesso no exercício do poder de representação; a sujeição pelas partes do contrato principal a uma formalidade especial; e a existência de um dissenso conhecido ou oculto em relação aos termos do contrato

²⁸² MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *Il Diritto dell’arbitrato*, cit., p. 325.

²⁸³ Para o Professor Sixto Sánchez Lozenzo, o princípio da independência da cláusula compromissória em relação às leis estaduais não é um princípio do Direito Internacional, mas do Direito francês da arbitragem (SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, cit., p. 205).

²⁸⁴ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Direito da Arbitragem*, Almedina, 2017, p. 57.

²⁸⁵ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, Second Edition, cit., pp. 215-216.

²⁸⁶ BERNHARD BERGER; FRANZ KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Third Edition, Stämpfli Publishers, 2015, p. 243, N. 683.

principal, ou ainda em caso de uma coação absoluta que vicie o consentimento de uma das partes²⁸⁷.

II. O princípio da autonomia da cláusula compromissória é amplamente referido na jurisprudência internacional. Importa referir aqui apenas alguns casos tirados da jurisprudência da CCI.

No caso CCI n.º 5943 (1990)²⁸⁸, o Tribunal arbitral decidiu que “*La validité de la clause d’arbitrage n’est pas affectée par la déclaration de nullité partielle ou totale de l’accord de base. D’après la théorie de l’autonomie de la clause compromissoire, la nullité du contrat dans lequel la clause est contenue ne remet pas automatiquement en cause la validité de la clause compromissoire, à moins que les motifs d’annulation, par leur nature, ne soient également applicables à la clause elle-même (...)*”.

No caso CCI n.º 7929 (1995)²⁸⁹, o Tribunal arbitral afirmou que “*An arbitration clause constitutes a separate and autonomous agreement between the parties, which survives any termination of the main agreement in which it is contained, unless the arbitration agreement as such is expressly terminated*”.

A jurisprudência arbitral internacional reconheceu também a segunda acepção do princípio da autonomia da cláusula arbitral, isto é, a sua autonomia em relação à lei do contrato. No caso CCI n.º 8938 (1996)²⁹⁰, o Tribunal arbitral decidiu que “*The arbitral clause is doubly autonomous: in relation to the arbitral agreement, and in relation to the law of the contract (...)*”. Este entendimento permite o *dépeçage* que consiste em submeter a validade do contrato principal a determinada lei e a da cláusula compromissória a uma lei diferente.

²⁸⁷ BERNHARD BERGER; FRANZ KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Third Edition, cit., p. 243, N. 683.

²⁸⁸ Caso CCI n.º 5943 (1990), in *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, Kluwer Law International, 2003, p. 432.

²⁸⁹ Caso CCI n.º 7929 (1995), in *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, Kluwer Law International, 2003, p. 377.

²⁹⁰ Caso CCI n.º 8938 (1996), in *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, Kluwer Law International, 2003, p. 334.

1.3. Consagração do princípio da autonomia da cláusula compromissória nos regulamentos dos principais centros de arbitragem e nas legislações nacionais

O princípio da autonomia da cláusula compromissória está consagrado no n.º 9 do artigo 6.º (efeitos da convenção de arbitragem) do Regulamento da Câmara de Comércio Internacional de 2012, no artigo 7.º (Jurisdiction) do Regulamento de Arbitragem de AAA, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 23.º do Regulamento da LCIA, no n.º 1 do artigo 23.º do Regulamento da CNUDCI de 2010²⁹¹, no n.º 1 do artigo 16 da Lei-Modelo da CNUDCI revista em 2006²⁹².

Um tratamento quase uniforme é dado à cláusula compromissória nos diversos ordenamentos jurídicos estudados.

I. No Direito angolano, o princípio da autonomia da cláusula compromissória vem afirmado no artigo 4.º, n.º 2 da LAV²⁹³. A nulidade do contrato não implica a nulidade da convenção de arbitragem, salvo mostrando-se que aquele não teria sido celebrado sem a referida convenção. Depreende-se deste artigo que o legislador angolano quis claramente consagrar o princípio da autonomia da cláusula compromissória no Direito angolano numa extensão máxima, ou seja, que a cláusula compromissória fique salvaguardada, mesmo nos casos em que se alegue a invalidade do contrato principal. Pode-se considerar que mesmo os casos de inexistência, cessação ou caducidade do contrato principal também não afectam a validade da cláusula compromissória.

No entanto, o legislador abre aqui à autonomia da cláusula compromissória uma excepção que surpreende: a nulidade do contrato principal implicará a nulidade da cláusula compromissória se se provar que o contrato principal não teria sido celebrado sem a cláusula compromissória. Exemplifiquemos: suponhamos que um investidor estrangeiro celebra um contrato de investimento com o Estado angolano que inclui uma

²⁹¹ DAVID D. CARON; LEE M. CAPLAN; *The Uncitral Arbitration Rules – A Commentary*, 2nd Edition, Oxford, 2012, p. 453); veja-se: PETER BINDER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Third Edition, Sweet & Maxwell, 2010, p. 216, N. 4-009.

²⁹² PETER BINDER, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Kluwer, 2019, p. 253.

²⁹³ Veja-se: JOSÉ ANTÓNIO LOPES SEMEDO, “A arbitragem voluntária em Angola: Quadro normativo e perspectivas”, in *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, 2009, p. 21; MANUEL GONÇALVES; SOFIA VALE; LINO DIAMVUTU, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada – Angola*, Almedina, 2013, pp. 52-53.

cláusula compromissória. Se o contrato de investimento for nulo, a cláusula compromissória também será nula se o investidor demonstrar que não teria assinado o contrato de investimento sem ela. Este raciocínio parece ser, no mínimo, contraditório. Se o investidor considerou incontornável a indicação de uma cláusula compromissória no contrato de investimento, sendo o contrato nulo, a cláusula compromissória deveria servir para fundamentar a competência do tribunal arbitral no sentido de proferir a decisão da nulidade do contrato. Na sua actual formulação, o artigo 4.º da LAV levará a que o tribunal arbitral deva na sua decisão constatar, ao mesmo tempo, a nulidade do contrato e da cláusula compromissória, com base em razões, não de ordem jurídica, mas de natureza subjectiva que, a nosso ver, não se justificam. Trata-se de uma transposição infeliz das regras da redução do negócio jurídico constantes do artigo 292.º do Código Civil²⁹⁴.

II. Em Portugal, o princípio da autonomia da cláusula compromissória vem consagrado no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da Lei sobre a Arbitragem Voluntária de 2011. Segundo o referido artigo, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo independente das demais cláusulas do mesmo²⁹⁵. E, por via de consequência, a decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica, só por si, a nulidade da cláusula compromissória.

III. Nos termos do artigo 8.º da lei brasileira sobre arbitragem, a cláusula compromissória é autónoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. No período anterior à Lei da Arbitragem brasileira n.º 9.307/96, a cláusula compromissória não tinha qualquer eficácia cogente, de tal modo que não se podia logicamente cogitar a sua autonomia²⁹⁶.

²⁹⁴ Veja-se também: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 122; Para A. Menezes Cordeiro, a mesma ressalva da parte final do n.º 2 do artigo 4.º da LAV que na anterior lei da arbitragem portuguesa constava do n.º 2 fazia todo o sentido na medida em que, quando se mostre que um contrato nulo não teria sido celebrado sem a convenção de arbitragem, torna-se inapropriado cindir os dois aspectos. No entanto, reconhece que a supressão dessa ressalva na actual lei portuguesa foi ao encontro da Lei-Modelo e reforçou a quebra do paradoxo da *Kompetenz-Kompetenz* (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 206).

²⁹⁵ J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção declarativa à luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 2007, p. 47.

²⁹⁶ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado* ..., cit., p. 134.

A jurisprudência a favor da autonomia da cláusula compromissória surgiu posteriormente a esta lei. Assim, refere o Professor ALBERTO CARMONA²⁹⁷ que, ao estipularem uma cláusula arbitral, as partes inserem no contrato principal uma relação jurídica diferente. Trata-se da manifestação da vontade “apenas no que se refere à solução de eventuais litígios pela via arbitral; esta vontade não tem ligação (senão instrumental) com o objecto principal do negócio jurídico (uma compra e venda, uma associação, um contrato de prestação de serviços), de modo que uma eventual falha que importe a nulidade do contrato principal não afetará a eficácia da vontade das partes (que permanecerá válida para todos os efeitos) de ver resolvidas suas controvérsias (inclusive aquela relacionada à eventual nulidade do contrato e seus efeitos) pela via arbitral”²⁹⁸.

Por outras palavras, a causa do contrato principal é diversa daquela que leva as partes a estipularem a solução arbitral para futuras controvérsias. Por conseguinte, refere aquele autor, a cláusula arbitral pode ser submetida a condições de validade diferentes daquelas do contrato principal (v.g. em matéria de forma) e à lei diversa daquela que há-de reger as questões patrimoniais ajustadas pelas partes.

IV. No Direito espanhol, segundo o artigo 22.º, n.º 1 *in fine* da Lei de arbitragem de 2015, a convenção arbitral que seja parte de um contrato será considerada como um acordo independente das demais estipulações do referido contrato. De modo que a decisão dos árbitros que declare nulo o contrato não implicará por si só a nulidade da convenção arbitral. O princípio da autonomia da cláusula compromissória é admitido no Direito espanhol²⁹⁹. Num primeiro plano, a autonomia da cláusula arbitral implica que as causas de invalidade da convenção principal não afectam necessariamente a cláusula compromissória e, num segundo plano de Direito Internacional Privado, a

²⁹⁷ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei n.º 9.307/96*, 3ª Ed. rev., atualizada e ampliada, Editora Atlas, 2009, pp. 173-174.

²⁹⁸ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo ...*, cit., p. 174.

²⁹⁹ Quanto à jurisprudência espanhola, veja-se: IGNACIO ESTEBAN MONASTERIO; DAVID GARCÍA BARTOLOMÉ; GILBERTO PÉREZ DEL BLANCO; LAURA VÁSQUEZ GÓMEZ-ESCALONILLA, *Ley de Arbitraje*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 99-100: “Pues bien, de la lectura de la mencionada cláusula, dada su generalidad, no cabe excluir la nulidad de los contratos como ajena al pacto arbitral, a lo que no puede ser opuesto, como con detenimiento razona el juzgador de primer grado, que la nulidad del contrato implique la de la sumisión al arbitraje que contiene, pues la validez del convenio arbitral y la de contrato que lo alberga son cuestiones diferentes al ser ambos contratos separables, según se ocupa de recordar la exposición de motivos de la LA en su apartado V, y así lo dispone expresamente en el art. 22 LA cuando indica que “la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral” AAP Zaragoza [Secc. 5], núm. 63/2010, de 12 de febrero (AC 2010, 1098)”.

autonomia da cláusula compromissória significa que pode ser sujeita a uma lei diferente da lei que rege o contrato principal. Assim, CHILLÓN MEDINA e MERINO MERCHÁN³⁰⁰ distinguem a autonomia substantiva da autonomia conflitual. Segundo os referidos autores: “(...) *es concebible una autonomia substantiva distinta de la autonomía conflictual. Establecida en términos generales, la separabilidad de la cláusula del contrato principal permite en principio suponer que ambas convenciones pueden estar sometidas a leyes distintas, aunque lo normal es que la cláusula siga en este punto la suerte del contrato principal en función de las conexiones establecidas. En segundo lugar, el principio de autonomía desempeña en el campo del arbitraje internacional progresivamente la función de evitar el recurso al método conflictualista, a fin de conferir al árbitro plenos poderes de examen directo de las condiciones que conforman su competencia y por ende su misión (...) Es posible que el contrato y la cláusula estén sometidas a leyes diferentes. Es el aspecto conflitual*”³⁰¹.

V. No Direito alemão, o n.º 1 do § 1040 do ZPO³⁰² dispõe *in fine* que a cláusula que integra um contrato deve ser tratada como uma convenção independente das outras cláusulas do referido contrato. Entendeu o legislador alemão excluir a aplicabilidade de eventuais normas que, em casos do género, determinassem uma presunção de

³⁰⁰ JOSÉ M. CHILLÓN MEDINA; JOSÉ FDO. MERINO MERCHÁN, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Editorial Civitas, SA, Madrid, 1991, p. 600, N. 921; JOSÉ F. MERINO MERCHÁN; JOSÉ M^a CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, cit., pp. 1190-1191, N. 2501.

³⁰¹ JOSÉ M. CHILLÓN MEDINA; JOSÉ FDO. MERINO MERCHÁN, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, cit., p. 253, N. 406: “En efecto, la práctica totalidad de las legislaciones nacionales han recogido esa doctrina, que fue abriéndose paso a través de una paulatina depuración operada por las jurisprudencias nacionales (así, arrêt cosset, Impex o Hecht en Francia, o las Casaciones italianas de 29 de mayo de 1954, 19 de enero de 1954 y 3 de junio de 1966, entre otras), que tomaron como fundamento último de la separabilidad del convenio arbitral del negocio principal o de la no comunicabilidad de vicios que afectan al contrato inválido al pacto de arbitraje, en la distinta función que cumple este último con respecto al negocio substantivo y en la también distinta causa entre ambos convenios, uno de los cuales tiene carácter patrimonial y el otro (el arbitral) persigue sustraer al conocimiento del Juez del Estado las controversias que surjan entre las partes”. O referido autor prossegue, conluindo que: “La dimensión ‘conflictual’, que esta declaración de autonomía supone se dejará sentir en el ámbito de las relaciones privadas económicas internacionales por su ‘efecto de conexión’ o, si se quiere, de reglamentación a los fines del Derecho internacional privado. En sus términos más simples – (...) – cabe decir que la completa autonomía jurídica del convenio exige una conexión independiente o autónoma para la determinación del ordenamento que ha de regirla; es decir, que la autonomía del convenio arbitral significa, como acertadamente ha dicho KLEIN, que puede ser sometida a una ley distinta de la aplicable al contrato principal celebrado entre las partes”.

³⁰² § 1040 (Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction): “(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction and in this connection on the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract”.

invalidade em relação à integralidade do negócio jurídico³⁰³. Refere-se, por exemplo, ao artigo 139.º do *BGB* que prevê que a nulidade parcial de um negócio determina a nulidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este teria sido concluído sem a parte viciada³⁰⁴.

VI. No Direito francês, o artigo 1447.º do Código de Processo Civil resultante da reforma do Direito francês da arbitragem de 2011 consagrou a autonomia completa da cláusula compromissória. Dispõe o referido artigo que a convenção de arbitragem é independente do contrato ao qual se reporta, não sendo afectada pela sua ineficácia. Sendo nula, a convenção de arbitragem é reputada de não escrita. Ao utilizar o termo “*inefficacité*” (ineficácia), o legislador francês quis abarcar nele todas as causas de invalidade ou cessação do contrato principal, como a inexistência, anulação, rescisão, caducidade, resolução, *etc.*³⁰⁵.

A autonomia opera em dois sentidos, de acordo com o artigo 1447.º acima mencionado. Por um lado, nada pode ser alegado contra o contrato principal para afastar a cláusula compromissória; e, por outro, os defeitos da cláusula compromissória não afectam o contrato principal³⁰⁶. Assim, a parte final do artigo 1447 sanciona de inexistência a cláusula compromissória nula, de tal modo que a sua erradicação não se repercute em relação ao contrato principal³⁰⁷.

VII. O princípio da autonomia da cláusula compromissória foi outrora objecto de controvérsias no Direito belga. Por exemplo, uma decisão do Tribunal de Comércio de Bruxelas de 12 de Abril de 1978 havia considerado que o árbitro não tinha

³⁰³ PETER HUBER; IVO BACH, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter IV: Jurisdiction of Arbitral Tribunal, § 1040 – Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction”, in Patricia Nacimiento, Stefan Michael Kroll, *et al.* (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, p. 217; KLAUS LIONNET, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 128.

³⁰⁴ PETER HUBER; IVO BACH, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter IV: Jurisdiction of Arbitral Tribunal, § 1040 – Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction”, cit., p. 217.

³⁰⁵ THOMAS CLAY; PHILIPPE PINSOLLE, “De l’autonomie de la convention d’arbitrage à l’autonomie de la sentence arbitrale”, in *Journal de Droit International*, Vol. 2015, T. 1, p. 22.

³⁰⁶ THOMAS CLAY; PHILIPPE PINSOLLE, “De l’autonomie de la convention d’arbitrage à l’autonomie de la sentence arbitrale”, cit., p. 22.

³⁰⁷ THOMAS CLAY; PHILIPPE PINSOLLE, “De l’autonomie de la convention d’arbitrage à l’autonomie de la sentence arbitrale”, cit., p. 22.

competência quando a existência do contrato fosse contestada³⁰⁸. Quanto à doutrina, ela ficou dividida durante vários anos³⁰⁹. A divergência entre os autores girava em torno da aplicabilidade do princípio da autonomia quando se alegasse que o contrato principal não se formara ou que o contrato principal tivesse desaparecido retroactivamente na sequência da não verificação de uma condição suspensiva que o afectasse.

As divergências a este respeito cessaram quando o Tribunal de Cassação belga, num acórdão de 6 de Dezembro de 1988³¹⁰, decidiu *in verbis*: “*Le principe de l’autonomie de la clause compromissoire permet de se prévaloir de cette clause même lorsque le contrat signé par les parties n’a pu entrer en vigueur, dès lors que le différend qui les oppose est lié à sa conclusion*”. O Tribunal admitiu, por conseguinte, a aplicação do princípio da autonomia da cláusula compromissória num caso de inexistência do contrato principal³¹¹.

O princípio da autonomia da cláusula compromissória³¹² está hoje plasmado no §1 do artigo 1690.º do Código Judiciário belga. Segundo o legislador belga, o tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo sobre qualquer excepção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. Para esse efeito, uma convenção que faça parte de um contrato é considerada distinta das demais cláusulas do contrato. A constatação da nulidade do contrato pelo Tribunal arbitral não implica *de iure* a nulidade da convenção de arbitragem.

VIII. No Direito suíço, a validade de uma convenção de arbitragem não poderá ser contestada com o fundamento da invalidade do contrato principal (artigo 178.º, n.º 3 LDIP)³¹³. O princípio da autonomia da cláusula compromissória está enraizado no Direito suíço desde os primórdios do século XX, conforme referimos *supra*³¹⁴. Os

³⁰⁸ Comm. Bruxelles, 12 avril 1978, *Bull. Ass.*, 1981, p. 285, note A.T.; JACQUELINE LINSMEAU, “L’arbitrage volontaire en droit privé belge”, in *Répertoire pratique du droit belge*, Complément, tome VII, 1990, Bruxelles Bruylant, 1991, p. 81.

³⁰⁹ JACQUELINE LINSMEAU, “L’arbitrage volontaire en droit privé belge”, cit., p. 81.

³¹⁰ Cass. fr. 6 déc. 1988, *Revue de l’arbitrage*, 1989, p. 641.

³¹¹ JACQUELINE LINSMEAU, “L’arbitrage volontaire en droit privé belge”, cit., p. 82.

³¹² Veja-se: GUY KEUTGEN; GEORGES-ALBERT DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, T. II, 2e éd., Bruylant, 2012, pp. 763 e ss.

³¹³ BERNHARD BERGER; FRANZ KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Second Edition, Sweet & Maxwell, 2006, p. 180, N. 622 ; CHRISTOPH MÜLLER, “Article 178 PILS”, in *Arbitration in Switzerland – The practitioner’s Guide*, Manuel Arroyo (Ed.), Kluwer, 2013, p. 74.

³¹⁴ CHRISTOPH MÜLLER, “Article 178 PILS”, cit., p. 74.

Professores KAUFMANN-KOHLER e RIGOZZI³¹⁵ afirmam que “*Contrat principal et convention d’arbitrage sont régis par des règles spécifiques. Cela a pour conséquence que l’un peut être vicié sans que ce vice affecte l’autre (et vice-versa)*”.

IX. Na Inglaterra, o reconhecimento do princípio da autonomia da cláusula compromissória suscitou muitas reticências antes da publicação do *Arbitration Act* de 1996. A invalidade *ab initio* do contrato principal constituía uma limitação à separabilidade da cláusula compromissória no Direito inglês, de tal modo que esta nunca poderia servir de base à competência do tribunal arbitral. Esta visão baseou-se na proposição lógica segundo a qual *ex nihilo nihil fit* (nada surge do nada).

Conforme o juiz RALPH GIBSON L.J. do *Court of Appeal*, no caso *Harbour v. Kansas* (28 January 1993): “*The orthodox view to which we are invited to adhere, is based on the logic of the proposition that nothing can come from nothing*”³¹⁶. Retomando então a posição de princípio do Juiz STEYN do *Commercial Court*, afirmou que “*Initial illegality is capable of being within the jurisdiction of an arbitrator under a clause contained within that contract, provided that any initial illegality does not directly impeach the arbitration clause itself*”³¹⁷.

E o Juiz HOFFMANN³¹⁸ afirmou, no mesmo caso, que “*There will obviously be cases in which a claim that no contract came into existence necessarily entails a denial that there was any agreement to arbitrate. Cases of non est factum or denial that was a concluded agreement, or mistake as to the identity of the other contracting party suggest themselves as examples. But there is no reason why every case of initial invalidity should have this consequence (...)*”.

A mesma posição foi defendida pela doutrina. MUSTILL e BOYD³¹⁹, antes da publicação do *Arbitration Act* de 1996, reconheceram a aceitação do princípio no

³¹⁵ G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international ...*, cit., pp. 90-91, N. 163; GABRIEL KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, Oxford, 2015, p. 90, N. 3.07.

³¹⁶ In *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XX, 1995, p.176; TIBOR VÁRADY; JOHN J. BARCELÓ III; ARTHUR T. THON VON MEHREN, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, Fifth Edition, West, 2012, p. 152; PETER ASHFORD, *Handbook on International Commercial Arbitration*, Second Edition, Juris, 2014, p. 7.

³¹⁷ In *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XX, 1995, p.176.

³¹⁸ 4 All ER 951; PETER ASHFORD, *Handbook on International Commercial Arbitration*, cit., p. 7.

³¹⁹ M. J. MUSTILL; ST. C. BOYD, *Commercial Arbitration*, Butterworths, 1989, p. 109; Veja-se também: ADRIAN BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford, 2008, pp. 79 e ss.; ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes ...*, cit., pp. 582-583;

Direito inglês. Segundo os referidos autores: “(...) *although the general principle that an arbitration clause is to some degree a separate engagement from the substantive contract in which it is embedded is now accepted in England, as it is elsewhere, it is hard to see how in practice this can yield the result that the clause is good even if the remainder is a nullity, otherwise than in the most exceptional case*”.

O *Arbitration Act* fez evoluir consideravelmente a questão da autonomia da cláusula compromissória no Direito inglês. Sob a epígrafe “*Separability of arbitration agreement*”, a Secção 7 dispõe, *apertis verbis*, que “*Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement*”.

O caso *Downing v. Al Tameer Établissement & Autres* (2002)³²⁰ dissipou as dúvidas sobre a aplicabilidade do princípio da autonomia da cláusula compromissória no Direito inglês³²¹. O *High Court* decidiu que, por aplicação do princípio da autonomia, a cláusula compromissória deveria sobreviver a eventuais contestações acerca da existência do contrato.

No caso *Premium Nafta Products Ltd (20th Defendant) and others v. Fili Shipping Company Ltd (14th Claimant) and others* (2007)³²², a *House of Lords* reafirmou o princípio da autonomia das partes e da separabilidade da convenção de arbitragem, ainda que seja alegada a sua nulidade por motivo de corrupção. Nele se lê que “*The fact that the agreement was entered into in uncommercial terms and the agent was bribed to consent to it did not of itself ‘show that he was bribed to enter into the arbitration agreement’*”³²³.

X. Nos Estados Unidos da América, o princípio da separabilidade (*separability* ou *severability*) foi afirmado pelo Supremo Tribunal Federal em 1967, no caso *Prima*

MARK S. MCNEILL; BEN JURATOWITCH, “The doctrine of separability and consent to arbitrate”, in *Arbitration International*, Vol. 24, N.º 3, Kluwer Law International, 2008, pp. 475-487.

³²⁰ JULIAN D. M. LEW Q.C., “Panorama de jurisprudence anglaise”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Alexy Mourre (Dir.) Vol. II, Gazette du Palais, Édition Juillet, 2004, pp. 388-389.

³²¹ JULIAN D. M. LEW Q.C., “Panorama de jurisprudence anglaise”, cit., p. 389.

³²² ALEXY MOURRE; PRISCILLE PEDONE, “Sommaires de jurisprudence française”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Alexy Mourre (Dir.), Vol. IV, Éditions A. Pedone, 2008, pp. 720-721.

³²³ ALEXY MOURRE; PRISCILLE PEDONE, “Sommaires de jurisprudence française”, cit., p. 721.

*Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg*³²⁴. De acordo com o Tribunal, “*Arbitration clauses as a matter of federal law are ‘separate’ from the contracts in which they are embedded*”.

Outra decisão de referência na jurisprudência americana é o caso *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna* (2006)³²⁵. O Tribunal de Apelação da Flórida reafirmou o princípio da separabilidade da cláusula arbitral, revogando uma decisão do Tribunal da Flórida que recusara remeter as partes à arbitragem, com o motivo de que o contrato principal era ilegal e nulo *ab initio* porque previa juros usurários em violação das leis da Flórida sobre a matéria. O Tribunal de Apelação decidiu que “*because respondents challenge the [underlying] Agreement, and not specifically its arbitration provisions, those provisions are enforceable apart from the remainder of the contract*” e “*should therefore be considered by an arbitrator, not a court*”; e ainda que “*a challenge to the validity of the contract as a whole and not specifically to the arbitration clause, must go to the arbitrator*”.

Por sua vez, a decisão do Tribunal de Apelação da Flórida foi revogada pelo Supremo Tribunal do mesmo Estado com o argumento de que o facto de submeter à arbitragem um contrato cuja legalidade era discutível poderia ter por efeito fazer renascer um contrato que, não só viola a legislação em vigor do Estado, mas ainda por cima constitui uma infração penal.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal condenou sem tergiversações esta solução, recordando que o Congresso promulgara o *Federal Arbitration Act* (FAA)³²⁶ para ultrapassar a oposição das jurisdições estaduais e estabelecer uma política favorável à arbitragem, ao colocar em pé de igualdade as convenções de arbitragem com os demais contratos.

³²⁴ 388 U.S. 395 (1967); veja-se: W. MICHAEL REISMAN; W. LAURENCE CRAIG; WILLIAM PARK; JAN PAULSSON, *International Commercial Arbitration – cases, materials and notes on the resolution of international business disputes*, University casebook series, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1997, p. 509; EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., p. 204, N. 402; EDWARD BRUNET; RICHARD E. SPIEDEL; JEAN R. STERNLIGHT; STEPHEN J. WARE, *Arbitration Law in America – A Critical Assessment*; Cambridge, University Press, 2006, p. 41; JEANETTE JAEGGI, “Ideologies of arbitration”, in *Journal of American Arbitration*, Vol. 1, 2002, p. 250.

³²⁵ 546 U.S. 440 (2006); GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 201-202 e 279.

³²⁶ Existe ainda nos Estados Unidos o *Revised Uniform Arbitration Act* (RUAA) de 2000 que é uma Lei-Modelo que codifica o Direito da Arbitragem interna de diversos Estados. Sobre esta matéria, veja-se: YAS BANIFATEMI, “Le nouveau droit de l’arbitrage interne dos Estados Unidos (*Revised Uniform Arbitration Act* de 2000): La persistance des particularismes”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 4, 2003, pp. 1195-1211.

Nos termos da secção II do FAA, uma convenção de arbitragem é válida, irrevogável e executória, sob reserva de qualquer causa em Direito ou em equidade de anulação da convenção. Existem duas categorias de causas de anulação: as que se reportam à validade da convenção de arbitragem, e aquelas que se relacionam com o contrato (principal) por ter sido obtido por meio de fraude, ou em que a nulidade de uma das suas disposições a torne integralmente nula³²⁷.

Quanto à segunda causa de anulação, o Supremo Tribunal Federal fixou três princípios nos seus acórdãos *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg* (1967)³²⁸ e *Southland Corp. v. Keating* (1984)³²⁹, que são: “*First, as a matter of substantive federal arbitration law, an arbitration provision is severable from the remainder of the contract. Second, unless the challenge is to the arbitration clause itself, the issue of the contract’s validity is considered by the arbitrator in the first instance. Third, this arbitration law applies in state as well as federal courts*”³³⁰.

Assim, para o Supremo Tribunal Federal, os princípios a aplicar são claros. Em primeiro lugar, em matéria de Direito substantivo federal da arbitragem, uma convenção de arbitragem é autónoma em relação ao resto do contrato. Em segundo lugar, a não ser que a contestação incida sobre a própria convenção de arbitragem, a questão da validade do contrato é apreciada em primeira instância pelos árbitros. Em terceiro lugar, esta regra aplica-se tanto perante as jurisdições dos Estados como perante as jurisdições federais³³¹.

³²⁷ BERTRAND DERAIS; ERIC ORDWAY, “Panorama de Jurisprudência”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Vol. IV, Editions A. Pedone, 2008, p. 655.

³²⁸ 388 U.S. 395 (1967).

³²⁹ 465 U.S. 1 (1984); GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 203.

³³⁰ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 203.

³³¹ BERTRAND DERAIS; ERIC ORDWAY, “Panorama de Jurisprudência”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Vol. IV, cit., p. 655.

1.4. Fundamento do princípio da autonomia da cláusula compromissória

A doutrina internacional apresenta uma diversidade de fundamentos ao princípio da autonomia da cláusula compromissória. Os principais são os que se seguem.

a) Fundamento suprapositivo: o Direito Natural

Existe uma corrente doutrinária que encontra no Direito Natural fundamento para a autonomia da cláusula compromissória³³². No entanto, a doutrina maioritária considera que a autonomia da cláusula compromissória procede de uma construção jurídica. Nos Estados Unidos da América, a autonomia da cláusula compromissória é analisada como uma presunção³³³; e em França, é tratada como uma ficção jurídica³³⁴.

b) Fundamento objectivo: a dualidade dos objectos de dois *negotia* num único *instrumentum*

Para a autonomia da cláusula compromissória, foi encontrado pela doutrina um fundamento objectivo que se prende com o seu objecto³³⁵. Sendo admitido hoje em várias legislações que a cláusula compromissória é uma “convenção de arbitragem” ou contrato, o seu objecto diverge do contrato principal no qual se insere. A cláusula

³³² “A cláusula compromissória recebe da Lei natural autonomia em relação ao contrato onde eventualmente vier inserida. E é natural que assim seja, até porque a nulidade (ou a anulabilidade) do contrato poderá ser submetida à decisão dos árbitros, tudo a pressupor a separação da cláusula do restante do contrato. Por consequência, se um contrato nulo (por não ter seguido a forma prevista em lei, ou porque seu objeto seja ilícito) afetasse a cláusula compromissória nele encaixada, os árbitros nunca teriam competência para decidir sobre questões ligadas exatamente à nulidade do contrato. Seria então muito fácil afastar a competência dos árbitros, pois bastaria que qualquer das partes alegasse matéria ligada à nulidade do contrato para que surgisse a necessidade de intervenção do juiz togado” (CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei n.º 9.307/96*, 3ª Ed. rev., cit., p. 173). Merino Merchán e Chillón Medina referem-se a uma autonomia natural da cláusula compromissória. Segundo estes autores, “Existiría en principio, en el puro plano teórico, una autonomía natural de la cláusula compromisoria respecto del contrato principal en que va inserta, o al cual se remite, puesto que es perfectamente concebible que la cláusula figure como parte integrante de un contrato o se establezca en instrumento aparte” (JOSÉ F. MERINO MERCHÁN; JOSÉ Mª CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, cit., p. 1188, N. 2496).

³³³ Veja-se por exemplo: GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 212.

³³⁴ Veja-se por exemplo: CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 92, N. 82.

³³⁵ CARMINE PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Tomo Primo, Cedam, 2000, p. 439.

compromissória, mesmo inserida num outro contrato designado “principal”, tem um objecto estritamente processual, visando a sujeição à arbitragem dos litígios a surgir no âmbito de uma determinada relação jurídica cuja existência o contrato principal atesta³³⁶. Tratar-se-ia, segundo a expressão do Professor HENRI MOTULSKY repetida à saciedade,³³⁷ de “um contrato num contrato” (*un contrat dans un contrat*). Esta realidade constituiria um primeiro fundamento para a autonomia da cláusula compromissória. O Professor MENEZES CORDEIRO³³⁸ salienta-o como possível fundamento em termos axiológicos para a autonomia, sem no entanto lhe dar grande relevância. O princípio da autonomia relevaria mais de uma construção artificiosa que analisaremos *infra*.

c) Fundamento subjectivo: a vontade tácita das partes

A afirmação segundo a qual a autonomia da cláusula compromissória assenta na divergência do seu objecto em relação ao objecto no qual se integra, para ser sólida carece de basear-se na vontade das partes. Com efeito, não basta afirmar que o objecto da cláusula compromissória é distinto do objecto do contrato principal, uma vez que, em várias situações, uma convenção embora distinta da outra pode ser afectada pela sorte da convenção à qual se reporta por se considerar como um negócio indissociável do primeiro, por aplicação: (i) da regra “*accessorium sequitur principale*”, (ii) da regra da indivisão, (iii) ou da teoria da causa. A âncora segura para a solução da autonomia da cláusula compromissória radicaria na vontade comum das partes no sentido da independência da cláusula compromissória em relação ao contrato principal para a solução de todos os litígios a surgir do contrato, incluindo os litígios em torno da sua validade. É a posição defendida pelo Professor PIERRE MAYER³³⁹.

Na mesma ordem de ideias, OLIVEIRA e outros³⁴⁰ afirmam que “ao remeterem o contencioso de uma relação jurídica, de um contrato, para tribunal arbitral, as partes

³³⁶ PASCAL ANCEL; OLIVIER GOUT, note sous Paris, 1re Ch. C., 8 oct. 1998, in *Revue de l'arbitrage*, 1999, n.º 2, pp. 360-361.

³³⁷ HENRI MOTULSKY, note sous Trib. Civ. Seine, 7 juin 1956, in *Écrits – Études et notes sur l'arbitrage*, Préface de Berthold Goldman et Philippe Fouchard, t. 2, Dalloz, 1974, p. 231.

³³⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem ...*, cit., p. 206.

³³⁹ PASCAL ANCEL; OLIVIER GOUT, note sous Paris, 1re Ch. C., 8 oct. 1998, in *Revue de l'arbitrage*, 1999, n.º 2, p. 360; PIERRE MAYER, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, cit., p. 359, n.ºs 2 e ss.

³⁴⁰ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária*, Almedina, 2014, p. 260.

estão a dizer que querem que os respectivos litígios, inclusivamente os respeitantes à sua validade ou eficácia, sejam arbitrariamente julgados (segundo o Direito, note-se). Sendo bem compreensível, portanto, ter o legislador determinado que a cláusula compromissória incluída num contrato (se não for inválida, por vícios dela própria, claro) é independente das outras estipulações que o integram”. Para JEAN BILLEMONT³⁴¹, a interpretação da vontade das partes no sentido da celebração, – não de um, mas de dois contratos –, é um puro exercício adivinhatório. Tal raciocínio poderá conduzir, segundo este autor, a que todas as cláusulas do contrato possam ser elevadas à dignidade de contrato autónomo, o que arruinaria totalmente a unidade intelectual do contrato, tornando-se um conjunto de cláusulas independentes umas das outras³⁴².

d) Justificação de ordem prática

Para muitos autores é criticável uma justificação técnico-jurídica para a autonomia da cláusula compromissória. Parece mais plausível encontrar o fundamento da autonomia da cláusula compromissória nas razões de ordem prática. Trata-se de uma regra própria do Direito da Arbitragem, e não se funda em bom rigor no Direito dos contratos. O Professor THOMAS CLAY³⁴³ resumiu bem a situação, a nosso ver, ao afirmar que a jurisprudência francesa, que fez evoluir o Direito internacional da arbitragem e serviu de modelo para a maioria dos países do mundo, não teve sempre uma fundamentação jurídica clara para os princípios que elaborou, – tal como se pode constatar com o princípio da autonomia da cláusula compromissória. São soluções que se impuseram por força da sua lógica intrínseca. A autonomia da cláusula compromissória funda-se, como defendem os Professores ANCEL e GOUT³⁴⁴, na arbitragem internacional, nos imperativos do comércio internacional. Em todo o caso, quer na arbitragem interna ou internacional, a autonomia da cláusula compromissória

³⁴¹ JEAN BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, cit., p. 209.

³⁴² JEAN BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, cit., p. 209.

³⁴³ THOMAS CLAY; PHILIPPE PINSOLLE, “De l'autonomie de la convention d'arbitrage à l'autonomie de la sentence arbitrale”, cit., pp. 13 e ss.

³⁴⁴ PASCAL ANCEL; OLIVIER GOUT, note sous Paris, 1re Ch. C., 8 oct. 1998, in *Revue de l'arbitrage*, 1999, n.º 2, p. 357.

visa favorecer a eficácia da arbitragem e a competência dos tribunais arbitrais, ao evitar-se a sua paralisia³⁴⁵. No mesmo sentido se pronunciam SERAGLINI e ORTSCHIEDT³⁴⁶.

Segundo PEDRO BATISTA MARTINS ³⁴⁷, a autonomia da cláusula compromissória visa reforçá-la e “seu surgimento acentuou-se por razões de ordem prática: combater os argumentos aparentemente razoáveis e adequados que mascaravam as teses daqueles que desejavam afastar os efeitos da cláusula compromissória como forma de delongar a solução da demanda apresentada. Para esse fim, bastava a alegação de algum vício no contrato que abraçava a convenção para que o pacto arbitral, de natureza acessória, fosse levado de roldão no vácuo da invalidade ou nulidade do contrato como um todo. O pseudovício do contrato afastaria os efeitos da cláusula compromissória deslocando a questão para a justiça estadual”.

Com a autonomia da cláusula compromissória, continua o mesmo autor³⁴⁸, “encontra-se a convenção, por ficção jurídica, em outro quadrante das relações”. O paradoxo da autonomia da cláusula compromissória transparece claramente quando se afirma que um contrato é ao mesmo tempo autónomo em relação ao contrato principal, e acessório quanto às obrigações nascidas desse contrato, embora alguns autores afirmem que a transmissibilidade da cláusula compromissória seja uma consequência da sua autonomia³⁴⁹.

³⁴⁵ PASCAL ANCEL; OLIVIER GOUT, note sous Paris, 1re Ch. C., 8 oct. 1998, cit., p. 361.

³⁴⁶ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉROME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, p. 512, N. 609: “Le principe d’indépendance de la convention d’arbitrage par rapport au contrat principal est beaucoup plus aisé à justifier sur le terrain pratique: il est indispensable à l’efficacité de l’arbitrage. En son absence, les vicissitudes affectant la validité ou la pérennité du contrat principal auraient affecté de la même manière la clause d’arbitrage qui, le plus souvent, se trouve matériellement dans ce contrat”.

³⁴⁷ PEDRO BATISTA MARTINS, “Autonomia da cláusula compromissória”, in *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 2; disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-n...rte-artigos-dos-professores/autonomia-da-clausula-compromissoria>

³⁴⁸ PEDRO BATISTA MARTINS, “Autonomia da cláusula compromissória”, in *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 2; disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-n...rte-artigos-dos-professores/autonomia-da-clausula-compromissoria>; veja-se igualmente: JEAN BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage* ..., p. 205: “L’autonomie et la transmissibilité de la clause participent au premier chef à l’efficacité de l’arbitrage. Grâce à leur intervention, la clause compromissoire produira effet et donnera lieu à l’arbitrage, malgré les vicissitudes qui pourraient affecter le contrat principal, et malgré la présence d’un tiers venant ‘aux droits’ d’un des signataires de ce contrat”; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, “Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panamenha”, in *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Kluwer Law International, IproLex, 2016, Volume 9, Issue 2, p. 587.

³⁴⁹ Sobre este tema, veja-se: ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A ‘autonomia’ da cláusula compromissória e a competência da competência do tribunal arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, Jan., 2008, pp. 353-378.

De acordo com ADAM SAMUEL³⁵⁰, a separabilidade opera como uma presunção visando a eficácia do procedimento arbitral³⁵¹. No seu dizer: “*The separability doctrine, then, operates as a presumption, or implied term, which, like a number of the other presumptions or implications in the arbitration field, serves to improve the efficiency of the arbitral process without reducing the ability of the parties to opt for a different solution*”.

A mesma posição é defendida pelo Professor MENEZES CORDEIRO³⁵², quando afirma que “a construção, pragmaticamente útil, é artificiosa: os juízos são unitários. Trata-se, todavia, do modo até hoje encontrado para quebrar o paradoxo da *Kompetenz-Kompetenz*”.

e) Vontade do legislador

De origem jurisprudencial, a autonomia da cláusula compromissória encontra-se hoje consagrada em disposições legais e regulamentares. Assim, a escolha de um determinado regulamento de arbitragem pelas partes pode determinar a aplicação do princípio da autonomia da cláusula compromissória³⁵³.

Segundo o Professor LIMA PINHEIRO³⁵⁴, a autonomia resultaria não da própria natureza da cláusula compromissória, mas de normas que a estabelecem com o intuito de fundamentar a competência do tribunal arbitral. Assim, nada impede que, para outros efeitos, a cláusula compromissória possa ser considerada como elemento acessório do contrato principal³⁵⁵.

³⁵⁰ ADAM SAMUEL, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration* ..., cit., p. 176.

³⁵¹ ADAM SAMUEL, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration* ..., cit., p. 176.

³⁵² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 206.

³⁵³ Veja-se: PIERRE MAYER, “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence”, cit., pp. 383 e ss..

³⁵⁴ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., pp. 120-121.

³⁵⁵ JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l’arbitrage*, cit., p. 257: “La règle de la transmission automatique de la convention d’arbitrage ne fait pas l’unanimité. Elle a été critiquée par une partie de la doctrine. Par exemple, Marie-Laure Niboyet considère que ‘la convention d’arbitrage est en passe un véritable électron libre dont la trajectoire ne devrait guère rencontrer d’obstacle’. Sylvain Bollée estime qu’il y aurait en la matière une mise à l’écart irraisonnée du droit commun. Quant à Vincent Heuzé, il pense que les solutions seraient issues d’un ‘bégaiement de l’esprit’. De telles solutions peuvent en effet paraître venir contredire le principe d’autonomie de la convention d’arbitrage. Comment une convention complètement autonome peut-elle être transmise automatiquement, à titre accessoire, en même temps que les droits substantiels? (...) L’idée est celle d’un rapport de double accessoire. La convention d’arbitrage, en tant que convention de procédure, est considérée comme une modalité du droit d’action

1.5. Natureza do princípio da autonomia da cláusula compromissória

1.5.1. Princípio transnacional do Direito da Arbitragem

Segundo o Professor PHILIPPE FOUCHARD³⁵⁶, os princípios gerais do Direito comercial internacional são todas as regras resultantes da comparação dos Direitos nacionais, de fontes internacionais, tais como as convenções internacionais em vigor ou não, ou ainda da jurisprudência dos tribunais internacionais. Para o referido autor³⁵⁷, o reconhecimento do princípio da autonomia da convenção de arbitragem pelas ordens jurídicas estaduais, e também pelos regulamentos de arbitragem, eleva-o ao estatuto de verdadeira regra transnacional da arbitragem comercial internacional.

O amplo movimento do seu reconhecimento pelas ordens jurídicas estaduais ergueu o princípio da autonomia da cláusula compromissória a princípio geral do Direito do comércio internacional³⁵⁸. Posição partilhada por vários autores, entre os quais: ANTONIAS DIMOLITSA³⁵⁹, SIXTO SÁNCHEZ LORENZO³⁶⁰, CHRISTOPH MÜLLER³⁶¹

en justice dont elle est l'accessoire. Le droit d'action étant lui-même l'accessoire du droit substantiel, la convention d'arbitrage est transmise automatiquement en même temps que le droit substantiel lui-même (...) Cette explication ne nous paraît cependant pas pleinement convaincante (...) L'explication nous semble donc résider ailleurs. C'est en réalité un objectif de politique juridique qui justifie la transmission automatique de la convention d'arbitrage: la volonté de donner à cette convention la plus grande efficacité. Il nous semble donc que c'est la visée très pragmatique d'efficacité de la convention d'arbitrage qui soutient l'ensemble jurisprudentiel. Outre le principe de validité de la convention de la convention d'arbitrage international, il existe un principe d'efficacité de celle-ci. Le principe de validité s'intéresse à la formation de la convention tandis que le principe d'efficacité interesse ses effets. Les juges français entendent donner à la convention d'arbitrage une efficacité maximale en tant que mode de droit commun de résolution des différends commerciaux internationaux. C'est pourquoi ils considèrent que celle-ci doit être transmise dans les hypothèses concernées. Là réside la véritable justification, au-delà des purs aspects de technique juridique entourant la question. Qui plus est, la convention d'arbitrage n'est pas au sens strict transmise. Comme un auteur l'a démontré, elle est plutôt multipliée. Par exemple, dans une cession de créance, elle va jouer entre le cédant et le cessionnaire, mais elle va aussi continuer à s'appliquer dans les relations entre le cédant et le cédé”.

³⁵⁶ Veja-se: ANTONIAS DIMOLITSA, “Autonomie et ‘Kompetenz-Kompetenz’”, cit., p. 311.

³⁵⁷ Veja-se: ANTONIAS DIMOLITSA, “Autonomie et ‘Kompetenz-Kompetenz’”, cit., p. 311.

³⁵⁸ FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, cit., p. 222; PIERRE MAYER, “L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence”, cit., p. 432.

³⁵⁹ ANTONIAS DIMOLITSA, “Autonomie et ‘Kompetenz-Kompetenz’”, cit., p. 311: “(...) il ne fait aucun doute que la règle de l'autonomie de la convention d'arbitrage dans son sens classique de séparabilité constitue aujourd'hui un principe général du droit de l'arbitrage international”.

³⁶⁰ SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, cit., p. 203.

³⁶¹ CHRISTOPH MÜLLER, “Article 178 PILS”, cit., p. 74.

ou BERNARD HANOTIAU³⁶². Para este último autor³⁶³: “*L’autonomie de la clause compromissoire peut être en effet considérée comme un principe transnational de l’arbitrage commercial international*”.

1.5.2. Princípio de ordem pública?

Duas correntes doutrinárias opõem-se relativamente a esta questão. Uma primeira corrente, minoritária, considera que o princípio da autonomia da cláusula compromissória não é de ordem pública. Um dos precursores nesta via foi o Professor HENRI MOTULSKY³⁶⁴, que vislumbrava a possibilidade de prender a cláusula compromissória ao acto jurídico a que se reportava (“*souder la clause à l’acte juridique auquel il a trait*”). O Professor THOMAS CLAY³⁶⁵ também defende que o princípio da autonomia não é de ordem pública, sendo possível para as partes renunciarem na própria cláusula à sua autonomia ou, numa cláusula posterior, abandonarem a cláusula compromissória de um contrato anterior³⁶⁶.

Uma segunda corrente doutrinária, maioritária, afirma o carácter de ordem pública do princípio da autonomia da cláusula compromissória. Neste sentido se pronunciam, entre outros autores, BERTHOLD GOLDMAN³⁶⁷, PAUL DIDIER³⁶⁸, LOUIS DEGOS³⁶⁹ e VAN DE CASTEELE³⁷⁰. Vários argumentos são apresentados a este respeito: a possibilidade de renúncia à autonomia da cláusula compromissória conduz à hipótese de uma cláusula compromissória “de carácter puramente potestativo”³⁷¹. Regista-se, nas diferentes legislações sobre arbitragem, a falta de poder conferido às partes para

³⁶² BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, in *Journal de Droit International*, 1994, p. 911.

³⁶³ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 911.

³⁶⁴ HENRI MOTULSKY, *Revue critique Droit International Privé*, 1963, p. 623.

³⁶⁵ THOMAS CLAY, *Panorama – Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, nov. 2013 – déc. 2014, in *Recueil Dalloz*, 25 décembre 2014, n.º 44, p. 2542.

³⁶⁶ THOMAS CLAY, *Panorama – Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges ...*, n.º 44, pp. 2542-2543: “*A priori*, rien n’empêche cette ‘autonomie de l’autonomie’ en quelque sorte (...). En d’autres termes, si le principe d’autonomie de la clause compromissoire est particulièrement vigoureux, et s’il s’applique bien après le terme du contrat principal, il n’est tout de même pas d’ordre public”.

³⁶⁷ BERTHOLD GOLDMAN, note s/s arrêt Gosset, *Juris-Classeur Périodique*, 1963, II, p. 13405.

³⁶⁸ PAUL DIDIER, note sous Cass. 2e civ., 4 avril 2002, *Barbot*, et Cass. com., 9 avril 2002, *Toulouzy*, in *Revue de l’arbitrage*, 2003, p. 103, n.º 4.

³⁶⁹ LOUIS DEGOS, note sous Cass. com., 9 avril 2002, *Toulouzy*, in *Dalloz*, 2003, p. 1122.

³⁷⁰ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 101, n.º 77.

³⁷¹ BERTHOLD GOLDMAN, note s/s arrêt Gosset, *JCP*, 1963, II, p. 13405.

afastarem o princípio da autonomia da cláusula compromissória³⁷². Uma estipulação contrária à autonomia da cláusula compromissória deveria beneficiar, ela própria, de uma presunção de autonomia, uma vez que, não a tendo, seria atingida pela nulidade do contrato principal³⁷³. Por fim, o fundamento objectivo da autonomia material seria intrínseco à convenção de arbitragem, ou seja, à sua natureza³⁷⁴. Partilhamos a posição assumida por esta última corrente doutrinária.

1.6. Síntese comparativa e conclusiva

I. Uma digressão pelos instrumentos legais internacionais, incluindo a Lei Modelo da CNUDCI, bem como pelas diversas legislações estaduais consideradas demonstra que o princípio da autonomia da cláusula compromissória está bem firmado. As divergências que se notam na formulação do princípio são ultrapassadas por uma doutrina e jurisprudência internacionais uniformes nesta matéria. Algumas legislações tratam da autonomia da cláusula compromissória, afirmando directamente e em primeiro lugar a independência da convenção arbitral em relação ao contrato principal (v.g. Portugal, Brasil, Espanha, França e Bélgica); outras procedem antes pelo prisma dos efeitos da nulidade do contrato principal sobre a validade da convenção de arbitragem (Angola, Suíça e Inglaterra). Nos Estados Unidos da América, é na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se deve buscar os fundamentos do princípio da “*separability*” ou “*severability*”.

II. O princípio da autonomia da cláusula compromissória é, antes de mais, um princípio funcional. Como afirma o Professor HENRI MOTULSKY³⁷⁵, a autonomia da cláusula compromissória assenta na vontade de conferir eficácia à arbitragem. Opinião

³⁷² PAUL DIDIER, note sous Cass. 2e civ., 4 avril 2002, *Barbot*, et Cass. com., 9 avril 2002, *Toulouzy*, Rev. arb., 2003, p. 103, n.º 4.

³⁷³ LOUIS DEGOS, note sous Cass. com., 9 avril 2002, *Toulouzy*, in *Dalloz*, 2003, p. 1122.

³⁷⁴ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 101, n.º 77.

³⁷⁵ HENRI MOTULSKY, note sous Trib. Civ. Seine, 7 juin 1956, in *Écrits*, t. 2, *Dalloz*, 1974, p. 231.

partilhada por vários autores, como SERAGLINI e ORTSCHIEDT³⁷⁶, JEAN-BAPTISTE RACINE³⁷⁷, LOUIS DEGOS, SYLVAIN BOLLÉE, *et al.*³⁷⁸.

III. O princípio da autonomia da cláusula compromissória é uma manifestação do *favor arbitrandum*. Com efeito, vários autores³⁷⁹ corroboram com esta posição.

Para MERINO MERCHÁN e CHILLÓN MEDINA³⁸⁰, “*El principio ‘pro arbitraje’ há sido elaborado hasta su completa sintetización por los árbitros en los arbitrajes internacionales y finalmente incorporado en todas las legislaciones convencionales y nacionales. Es un principio que teniendo una identidad propia tiene distintas manifestaciones, pues se há proyectado sobre diversos pasajes de la institución arbitral. Así, en primer lugar, en el reconocimiento de la autonomía del convenio arbitral sobre el contrato principal donde se inserta*”.

Segundo PEDRO BATISTA MARTINS³⁸¹, “a autonomia da cláusula compromissória (...) resulta de construção jurídica benéfica à arbitragem. Denota-se em sua origem o favor arbitral (*favor arbitri* ou *arbitralis*) já pronunciado em outras jurisdições. Não se trata de um favorecimento da arbitragem em sentido pejorativo, mas de algo positivo e transcendente. O favor se consubstancia como garantismo da vontade das partes e da boa-fé que impera nas relações contratuais”.

De acordo com os Professores DOLINGER e TIBURCIO³⁸², “a essência desse princípio é assegurar a prevalência e o desenvolvimento da arbitragem como meio de solucionar controvérsias (*favor arbitralis*)”. A sua finalidade é, por conseguinte, a de favorecer a arbitragem³⁸³.

³⁷⁶CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, cit., p. 92, N. 82.

³⁷⁷ JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l’arbitrage*, cit., p. 103, N. 122.

³⁷⁸ LOUIS DEGOS, note sous Cass. com., 9 avril 2002, *Toulouzy*, in *Dalloz*, 2003, p. 1117, spéc. p. 1122; SYLVAIN BOLLÉE, “La clause compromissoire et le droit commun des conventions”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 4, 2005, pp. 917-928.

³⁷⁹ Veja-se: ANNE-CAROLE CREMADES, “El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización”, in *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer España, 2011, N.º 11, p. 41.

³⁸⁰ JOSÉ F. MERINO MERCHÁN; JOSÉ Mª CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, cit., p. 228, N. 301.

³⁸¹ PEDRO BATISTA MARTINS, “Autonomia da cláusula compromissória”, in *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 2; disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-n...rte-artigos-dos-professores/autonomia-da-clausula-compromissoria>

³⁸² DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, cit., p. 174.

³⁸³ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, cit., p. 174.

No dizer da Professora VAN DE CASTEELE³⁸⁴: “*Aux méthodes traditionnelles d’interprétation de la volonté des parties, s’est substitué le principe d’autonomie afin de renforcer toujours davantage la ‘favor arbitrandum’*”.

IV. Frontalmente contra esta posição podem ser levantados argumentos tirados das similitudes que apresenta a autonomia da cláusula compromissória com a autonomia das cláusulas atributivas de jurisdição (ou cláusulas sobre jurisdição e competência). Existe uma proximidade entre a cláusula compromissória e a cláusula atributiva de jurisdição. Em ambos os casos, trata-se de negócios jurídicos, de carácter acessório e de natureza jurisdicional, em relação ao seu objecto³⁸⁵.

Ambos os contratos visam influir sobre as competências jurisdicionais estaduais, tendo um teor específico em relação ao contrato principal³⁸⁶. Em virtude da autonomia da cláusula sobre jurisdição e competência, a mesma fica imune aos vícios que afectam o contrato principal, bem como à sua ineficácia³⁸⁷ ou invalidade³⁸⁸. No campo da autonomia material, as duas cláusulas são muito próximas, mas a cláusula compromissória, apresenta também uma autonomia jurídica que lhe é específica v.g. no Direito francês, conforme analisado *infra*, o que traduz um regime de favorecimento visando a sua licitude e validade.

Do ponto de vista histórico-jurídico, a doutrina refere que o princípio da autonomia da cláusula compromissória antecede o da autonomia das cláusulas sobre jurisdição³⁸⁹. A sua consagração, antes jurisprudencial, e posteriormente legal foi fruto de uma progressiva elaboração, em matéria de arbitragem interna e internacional. As

³⁸⁴ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 107.

³⁸⁵ RAÚL VENTURA, “Convenção de arbitragem”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, N.º 46, Lisboa, 1986, p. 302; BERTRAND ANCEL, “Coipel-Cordonnier (Nathalie), *Les conventions d’arbitrage et d’élection de for en droit international privé*, Préface de Marc Fallon, avant-propos de Pierre Mayer, LGDJ, 1999, XIII + 420 pages”, in *Rev. Crit. DIP*, Dalloz, 2001, p. 392.

³⁸⁶ CATHÉRINE BLANCHIN, “L’autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1997, 4, pp. 989-991; LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 84, nota de rodapé n.º 191.

³⁸⁷ Cass. 1re civ., 15 avril 2015, disponível em: <http://www.net-iris.fr/veille-juridique/jurisprudence/34622/la-clause-attributive-de-competence-est-autonome-par-rapport-au-contrat.php>

³⁸⁸ Cass. 1re civ., 8 juill. 2010, disponível em: http://www.lexisnexus.fr/droit-document/article/journal-droit-international-clunet-/01-2011/003_PS_JDI_JDI1101CM00003.htm#.WIOI6xT_o1g

³⁸⁹ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction and choice of law*, cit., p. 72, N. 3.24.

tergiversações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a admissibilidade do princípio e os critérios da sua aplicabilidade relevam de uma construção jurídica laboriosa, mormente quanto à questão de saber se a invalidade ou a inexistência do contrato principal acarretavam a nulidade da cláusula arbitral.

No plano teórico, o princípio da autonomia da cláusula compromissória justifica-se pelo facto de esta constituir um negócio jurídico processual³⁹⁰, diferente do contrato principal. O contrato principal abrange os direitos substanciais, e a cláusula compromissória é uma convenção processual visando a resolução de diferendos que possam surgir entre as partes contratuais. O direito de acção apresenta-se como acessório em relação aos direitos substanciais, no sentido de que impõe uma restrição do exercício do direito de acção, a ser exercido exclusivamente perante o tribunal arbitral³⁹¹.

Contrariamente à cláusula sobre jurisdição, a convenção de arbitragem cria um tribunal *ex novo*. Ao permitir que o árbitro, em função da regra da autonomia da cláusula compromissória, possa vir a apreciar um contrato cuja validade é contestada, admite-se que – tal como para o juiz estadual – o árbitro preexista à convenção de arbitragem donde resulta a sua competência³⁹². Trata-se de uma manifestação cristalina do *favor arbitrandum*.

V. Uma comparação com a cláusula dita de mediação deixa transparecer o tratamento mais favorável que caracteriza a cláusula arbitral. Em primeiro lugar, importa constatar que, nem a Lei de Mediação portuguesa (Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril), nem a Lei de Mediação angolana (Lei n.º 12/16, de 12 de Agosto) prevêem o princípio da autonomia da cláusula de mediação. São elencados outros princípios como: o princípio da voluntariedade, o princípio da confidencialidade, o princípio da igualdade e da imparcialidade, o princípio da independência (do mediador), o princípio da competência e da responsabilidade, e o princípio da executoriedade.

³⁹⁰ Veja-se: J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção declarativa à luz do Código Revisto*, cit., p. 31.

³⁹¹ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 92, N. 81; JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l'arbitrage*, cit., p. 103, N. 121.

³⁹² BERTRAND ANCEL, “Coipel-Cordonnier (Nathalie), *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Préface de Marc Fallon, avant-propos de Pierre Mayer, LGDJ, 1999, XIII + 420 pages”, cit., p. 396.

A doutrina não conclui, como o faz em matéria arbitral, à autonomia das cláusulas de mediação, de modo a que as mesmas possam sobreviver à anulação do contrato principal que as contenha. Assim, interroga-se a Professora SÉVERINE MENÉTREY³⁹³ se uma cláusula de mediação continuava válida quando o contrato em que estivesse inserida fosse anulada. Para a referida autora³⁹⁴, “*On connaît la réponse in favorem arbitrandum pour la clause compromissoire en matière d’arbitrage. Rien ne permet d’augurer la même destinée pour la clause de médiation, mais on peut craindre que la juridification et la judiciarisation de la médiation ne l’entraînent dans les mêmes excès que l’arbitrage*”.

Salienta ainda a referida autora³⁹⁵ que o regime da autonomia da cláusula compromissória denota uma construção *in favorem arbitrandum*. Se assim não fosse, as consequências decorrentes do princípio da autonomia da cláusula compromissória seriam transponíveis, sem grandes dificuldades, para a autonomia da cláusula de mediação, designadamente quando o contrato principal no qual se integre a cláusula fosse anulado.

VI. O princípio da autonomia da cláusula compromissória traduz um caso de redução legal dos negócios jurídicos, uma das manifestações do *favor negotii*³⁹⁶. O Professor CALVÃO DA SILVA³⁹⁷ refere que vale aqui “a regra da presunção de redução do negócio jurídico vazada no artigo 292.º do Código Civil e o princípio da conservação do contrato (*utile per inutile non vitiatur*)”. A divisibilidade do negócio em duas partes, uma inválida e a outra válida, é a condição *sine qua non* para que haja redução.

Em regra, a separabilidade afere-se, como refere o Professor PAIS DE VASCONCELOS³⁹⁸, em termos subjectivos e objectivos. O contrato é separável objectivamente quando a ablação da parte afectada não lhe altere a natureza e que,

³⁹³ SÉVERINE MENÉTREY, “La Médiation à la Croisée des Frontières: Le cas Luxembourgeois”, in *New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives*, Carlos Esplugues e Louis Marquis (Editors), Springer, 2015, p. 454.

³⁹⁴ SÉVERINE MENÉTREY, “La Médiation à la Croisée des Frontières: Le cas Luxembourgeois”, cit., p. 454.

³⁹⁵ SÉVERINE MENÉTREY, “La Médiation à la Croisée des Frontières: Le cas Luxembourgeois”, cit., p. 454.

³⁹⁶ Veja-se: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 206.

³⁹⁷ JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Convenção de arbitragem. Algumas notas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Menezes Cordeiro; Luís M. Leitão; Januário da Costa Gomes (Coords.), Almedina, 2007, p. 534.

³⁹⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, 2ª Edição, Almedina, 2009, pp. 457-458.

reduzida a parte afectada, subsista ainda matéria suficiente para um contrato autónomo. Em termos subjectivos, o contrato é separável se a parte subsistente mantiver a equivalência das prestações e a equação económica do contrato tais como fixadas e assumidas pelas partes³⁹⁹.

No artigo 292.º do Código Civil (angolano e português) admite-se uma presunção de divisibilidade ou de separabilidade do negócio⁴⁰⁰. Na LAV – como na anterior lei portuguesa sobre a arbitragem de 1986 –, há, conforme já referimos, uma transposição pura e simples das regras do artigo 292.º sobre a redução dos negócios jurídicos. O artigo 4.º, n.º 2 da LAV dispõe que “A nulidade do contrato não implica a nulidade da Convenção de Arbitragem, salvo mostrando-se que aquele não teria sido celebrado sem a referida convenção”. A redução é a regra, sendo a irredutibilidade a excepção⁴⁰¹. Tal *favor negotii* aplicado à convenção de arbitragem deve ser considerado como expressão do princípio do *favor arbitrandum*.

O princípio da autonomia da cláusula compromissória visa imunizar esta dos vícios do contrato principal. A redução não funciona da mesma forma em relação à cláusula compromissória⁴⁰². O regime geral da redução não permite assegurar sistematicamente a sobrevivência da cláusula compromissória quando o contrato no qual se insere seja inválido. A cláusula compromissória é apenas considerada válida até ao momento em que o tribunal arbitral decida acerca da validade do contrato principal, e da eventual extensão ou não dos vícios que o afectam à cláusula compromissória. Há aqui uma manifestação da vontade do legislador de favorecer a arbitragem. Uma escolha impõe-se perante a validade ou invalidade da cláusula arbitral, pois da resposta a dar depende a eficácia do procedimento arbitral.

Para a Professora VAN DE CASTEELE⁴⁰³, a autonomia obsta à caducidade da convenção de arbitragem, desaparecendo o contrato principal. Com efeito, “*Même lorsque la clause d’arbitrage est envisagée comme un véritable contrat distinct de celui*

³⁹⁹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, cit., pp. 457-458.

⁴⁰⁰ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 635; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 660.

⁴⁰¹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, cit., p. 456.

⁴⁰² LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 89.

⁴⁰³ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 89.

*qui la contient, l'autonomie conserve son utilité: elle évite de fait la caducité de la convention d'arbitrage en cas de disparition du contrat principal”*⁴⁰⁴.

2. Validade substancial da convenção de arbitragem com base numa conexão alternativa

2.1. Referência histórica

A autonomia da cláusula compromissória encontrou na jurisprudência francesa, conforme a explanação feita no ponto anterior, um duplo sentido: a sua independência em relação ao contrato em que se insere, e a sua independência, em matéria da arbitragem internacional, em relação às leis estaduais. Esta segunda consequência da regra da autonomia visa no Direito francês, conforme referimos *supra*, validar a cláusula compromissória (*rectius*, a convenção de arbitragem) face a eventuais motivos da sua nulidade ou anulabilidade por forma a reforçar a eficiência da arbitragem. O método utilizado pela jurisprudência francesa, de validade ou eficácia do princípio da convenção de arbitragem, em matéria da arbitragem internacional, não é seguido por todos os ordenamentos jurídicos modernos.

A Suíça foi o primeiro país a definir na LDIP regras em termos conflituais relativas à validade substancial da convenção de arbitragem⁴⁰⁵. Segundo o Professor PHILIPPE FOUCHARD⁴⁰⁶: “*C’est le législateur suisse qui, le premier a admis la possibilité de combiner, in favorem validitatis, règles matérielles et règles de conflit à propos de la convention d’arbitrage*”. Nos termos do n.º 2 do artigo 178 da LDIP: “*La convention d’arbitrage est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l’objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse*”.

⁴⁰⁴ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 89.

⁴⁰⁵ BERNHARD BERGER; FRANZ KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Third Edition, cit., p. 130, N. 391 e ss.; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2e éd. Revue et augmentée, Weblaw, 2010, pp. 123-124; IGNACIO ESTEBAN MONASTERIO; DAVID GARCÍA-ESCALONILLA, *Ley de arbitraje*, cit., p. 57; BERNARDO M. CREMADES, *Del convenio arbitral y sus efectos*, em Alberto de Martín Muñoz; Santiago Hierro Anibarro, *Comentário a la Ley de Arbitraje*, 2006, pp. 299-303.

⁴⁰⁶ FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 255; EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., p. 236, N. 447.

A abordagem *in favorem validitatis* da convenção de arbitragem conheceu uma expansão a partir da regra de conflito formulada pela Resolução do Instituto de Direito Internacional na sua sessão realizada em Santiago de Compostela (Espanha), segundo a qual em caso de contestação da validade da convenção de arbitragem, o tribunal deve decidir a questão aplicando uma ou várias fontes de Direito, a saber : a lei escolhida pelas partes, a lei aplicável de acordo com o Direito Internacional Privado, os princípios gerais do Direito internacional público ou privado, os princípios gerais da arbitragem internacional ou a lei que seria aplicável pelas jurisdições do lugar onde o tribunal tem a sua sede. Ao proceder a essa escolha, o tribunal deverá guiar-se pelo princípio “*in favorem validitatis*”⁴⁰⁷.

A lei suíça estabelece um triplo critério de validação da convenção de arbitragem em matéria internacional. Admite-se que a validade material da convenção de arbitragem deva ser apreciada à luz do Direito escolhido pelas partes. Se as partes escolheram um Direito aplicável à convenção de arbitragem, a sua validade deve ser aferida com base no Direito acordado por elas. Se as partes não designaram o Direito aplicável à convenção de arbitragem ou se, à luz desse Direito, a convenção for nula ou anulável, a validade material da convenção de arbitragem poderá ser apreciada à luz do Direito que rege o objecto do litígio (nomeadamente, o Direito aplicável ao contrato principal). É mais fácil encontrar no contrato principal a cláusula que designa o Direito aplicável às obrigações contraídas pelas partes. Não existindo uma indicação das partes quanto ao Direito aplicável ao contrato, impõe-se essa designação por via de uma conexão objectiva.

Qual é o Direito que rege o objecto do litígio? Se a convenção de arbitragem não for válida à luz desse Direito, então a LDIP remete a sua apreciação para as normas do Direito suíço. Na verdade, conforme observam autores suíços⁴⁰⁸, o primeiro critério de conexão a ser analisado pelos árbitros é, em regra, o Direito suíço. Só quando este

⁴⁰⁷ “Lorsque la validité de la convention d’arbitrage est contestée, le tribunal tranche la question en appliquant une ou plusieurs des sources de droit suivantes: la loi choisie par les parties, la loi déclarée applicable selon le système de droit international privé désigné par les parties, les principes généraux de droit international public ou privé, les principes généraux de l’arbitrage international, ou la loi qui serait appliquée par les juridictions du lieu où le tribunal siège. En faisant ces choix, le tribunal sera guidé, en chacun des cas, par le principe ‘in favorem validitatis’” [FABIEN GÉLINAS, “*Favor arbitrandum et favor validitatis*” ..., p. 40; Institut de Droit International (IDI), “L’arbitrage entre Etats, entreprises d’Etat ou entités étatiques et entreprises étrangères”, Session St-Jacques de Compostelle, 1989, en ligne: http://www.idi.iil.org/idiF/resolutionsF/1989_comp01_fr.pdf; veja-se art. 4.º, in *Revue de l’arbitrage*, 1990, pp. 931 e ss., note de Ph. Fouchard].

⁴⁰⁸ GABRIEL KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., p. 124; GABRIEL KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *International Arbitration* ..., cit., p. 114, N. 3.75.

não validar a convenção de arbitragem é que os árbitros irão recorrer aos dois primeiros critérios. No fundo, o legislador suíço enfatiza a importância da autonomia da vontade na escolha da lei reguladora da convenção de arbitragem. Razão pela qual começa por estabelecer a lei escolhida pelas partes como sendo a primeira das três alternativas para a validação da convenção de arbitragem em matéria internacional⁴⁰⁹.

No Direito suíço, salientam os Professores KAUFMANN-KOHLER e RIGOZZI⁴¹⁰ que a validade substancial da convenção de arbitragem afere-se pelo Direito que lhe é aplicável. Trata-se de condições de validade de fundo da convenção de arbitragem: os seus elementos essenciais (a determinação das partes à convenção de arbitragem, a determinação do(s) litígio(s) abrangido(s) pela convenção, a vontade de recorrer à arbitragem e a relação com uma ordem jurídica), a arbitrabilidade do litígio, a interpretação, o alcance e a extinção da convenção de arbitragem⁴¹¹.

Importa não perder de vista que o legislador suíço tratou da questão da validade material da convenção de arbitragem em dois principais momentos. Relativamente à validade formal da convenção de arbitragem, o n.º 1 do artigo 178.º da LDIP determina uma regra material de Direito Internacional Privado quanto à forma da convenção de arbitragem. Nele se dispõe que “*Quant à la forme, la convention d’arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d’en établir la preuve par un texte*”. No que respeita à validade substancial ou material, o n.º 1 do artigo 177.º da LDIP estabelece uma regra material de Direito Internacional Privado em relação à arbitrabilidade do litígio: “*Toute cause de nature patrimoniale peut faire objet d’un arbitrage*”.

Assim, a arbitrabilidade no Direito suíço afere-se não pelo Direito aplicável à convenção de arbitragem, mas pela lei da arbitragem que, no caso, é a própria LDIP (n.º 1 do artigo 177.º). Por conseguinte, o n.º 2 do artigo 178.º da LDIP formula uma regra de conflito para as condições de validade material da convenção de arbitragem, com excepção da arbitrabilidade objectiva. Nos seus termos: “*Quant au fond, elle [la convention d’arbitrage] est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit*

⁴⁰⁹ STEPHEN V. BERTI *et al.*, *International Arbitration in Switzerland*, Kluwer Law International, 2000, p. 339.

⁴¹⁰ GABRIEL KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *Arbitrage international ...*, cit., p. 125; GABRIEL KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *International Arbitration ...*, cit., p. 114, N. 3.76.

⁴¹¹ No mesmo sentido, veja-se: BERNHARD BERGER; FRANZ KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Third Edition, cit., pp. 131-132, N. 397.

choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse”

Segundo o Professor STEPHEN BERTI e outros⁴¹², a lei suíça, ao oferecer mais opções para a validação da convenção de arbitragem, apresenta-se mais amigável da arbitragem do que a Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, pelo facto de esta prever apenas duas alternativas para a aferição da validade da convenção de arbitragem em sede de reconhecimento de sentenças arbitrais, a saber: a sua validade à luz da lei a que as partes a sujeitaram (lei escolhida pelas partes), e a sua validade, em caso de omissão das partes, à luz da lei do país em que fora proferida a sentença arbitral [alínea a) do n.º 1 do artigo V]. Assim, *“It widens the spectrum of laws to be taken into account from the point of view of ‘favor validitatis’ from two to three legal systems, adding to the list the law applicable to the dispute”*⁴¹³.

Um problema surge quando a convenção de arbitragem é apenas válida de acordo com a lei aplicável ao objecto do litígio (*lex contractus*), e não à luz de uma das duas outras hipóteses para a validação da convenção de arbitragem. Questiona-se neste aspecto a exequibilidade da sentença proferida ao abrigo da LDIP face ao previsto na Convenção de Nova Iorque que prevê apenas duas alternativas para a aferição da validade da convenção de arbitragem. A solução reside, segundo o Professor STEPHEN BERTI⁴¹⁴ e outros, na interpretação da expressão da alínea a) do n.º 1 do artigo V da Convenção de Nova Iorque *“the law of the country in which the award was made”* como incluindo também a regra de conflito desse país. No caso de uma sentença proferida na Suíça, o critério alternativo do n.º 2 do artigo 178.º será tido em consideração.

O legislador suíço entendeu que, nas situações de carácter internacional, o facto de que a sentença deva produzir os seus efeitos na ordem jurídica do foro (Suíça), é suficiente para justificar que a validade da convenção de arbitragem seja aferida à luz do Direito suíço⁴¹⁵. Isto permite às partes que celebrem uma convenção de arbitragem para uma arbitragem com sede na Suíça, preocuparem-se em assegurar a validade da sentença apenas das condições – muito liberais – de validade da convenção de

⁴¹² STEPHEN V. BERTI *et al.*, *International Arbitration in Switzerland*, cit., p. 339.

⁴¹³ STEPHEN V. BERTI *et al.*, *International Arbitration in Switzerland*, cit., p. 339.

⁴¹⁴ STEPHEN V. BERTI *et al.*, *International Arbitration in Switzerland*, cit., p. 339.

⁴¹⁵ PHILIPPE FOUCHARD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, cit., p. 256.

arbitragem à luz do Direito suíço⁴¹⁶. Estas condições liberais do Direito suíço quanto à validade da convenção de arbitragem manifestam-se, por exemplo, no que respeita à arbitrabilidade do litígio. De acordo com o artigo 177.º da LDIP, o critério da arbitrabilidade é unicamente a natureza patrimonial do litígio. O acórdão do Tribunal Federal Suíço, datado de 23 de Junho de 1993, no caso *Fincantieri-Cantieri Navali*⁴¹⁷, bem o ilustra.

Segundo o Tribunal Federal⁴¹⁸, “*Pour résoudre le problème de l’arbitrabilité d’un litige en matière internationale, le législateur suisse a choisi délibérément de s’en tenir au seul critère tiré de la nature patrimoniale de la cause (art. 177 LDIP). La disponibilité du droit litigieux importe peu. La solution retenue par le législateur fédéral n’exclut certes pas que des sentences rendues en Suisse ne puissent être exécutées à l’étranger, en vertu notamment des réserves prévues à l’article V. Al. 2 de la Convention de New York. C’est toutefois aux parties – et non aux arbitres – qu’il incombe d’apprécier le risque de non reconnaissance à l’étranger*”.

A solução suíça para a validação da cláusula compromissória, em matéria da arbitragem internacional, diverge da solução francesa na medida em que a validade substancial da convenção de arbitragem no Direito suíço pode também resultar da lei escolhida pelas partes ou da lei aplicável ao objecto do litígio⁴¹⁹.

2.2. Direito positivo

Nos termos do artigo V da Convenção de Nova Iorque, o reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova da incapacidade das Partes outorgantes da convenção referida no artigo II, nos termos da lei que lhes é aplicável, ou da invalidade da referida convenção ao abrigo da lei a que as Partes a sujeitaram ou, no caso de omissão quanto à lei aplicável, ao abrigo da lei do país em que for proferida a sentença. Poderão igualmente ser recusados o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral se a

⁴¹⁶ PHILIPPE FOUCHARD, *Traité de l’arbitrage commercial international*, cit., pp. 255-256.

⁴¹⁷ Tribunal Fédéral Suisse (1re Cour civile), 23 juin 1992, *Fincantieri-Cantieri Navali c/ M.*, note François Knoepfler, *Revue de l’arbitrage*, 1993, N.º 4, p. 691.

⁴¹⁸ Tribunal Fédéral Suisse (1re Cour civile), 23 juin 1992, *Fincantieri-Cantieri Navali c/ M.*, cit., p. 691.

⁴¹⁹ PHILIPPE FOUCHARD, *Traité de l’arbitrage commercial international* ..., p. 256.

autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução foram pedidos verificar que, de acordo com a lei desse país, o objecto de litígio não é susceptível de ser resolvido por via arbitral; ou que o reconhecimento ou a execução da sentença são contrários à ordem pública desse país.

A Convenção de Nova Iorque aborda a questão da validade da convenção de arbitragem na fase de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. De acordo com a alínea a) do n.º 1 do seu artigo V, afere-se a validade da mesma à luz da lei a que as partes a sujeitaram (vontade das partes), ou, no caso de omissão quanto à lei aplicável, à luz da lei do país em que for proferida a sentença. A CNI consagra o princípio da autonomia das partes quanto à escolha do Direito aplicável.

De acordo com o Professor VAN DEN BERG⁴²⁰: “*Article V (1) (a) contains two conflict rules for determining the law governing the arbitration agreement. The first rule is the primary rule of party autonomy according to which the parties are at liberty to subject the arbitration agreement to a law of their choice. The second rule is a subsidiary rule according to which the arbitration agreement, failing a choice of law by the parties, is governed by the law of the country where the award is made*”. Para o referido autor, são poucos os casos em que as partes designam expressamente o Direito ou a lei aplicável à convenção de arbitragem⁴²¹. Esta disposição, ao permitir que a convenção de arbitragem seja submetida a uma lei diferente da lei que rege o contrato principal, traduz, embora de forma implícita, o tratamento favorável no sentido de uma autonomia da convenção de arbitragem na arbitragem internacional⁴²².

Quanto à questão específica da arbitrabilidade do litígio, a alínea a) do n.º 2 do artigo V da CNI prevê a possibilidade da recusa do reconhecimento e da execução de uma sentença arbitral se a autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução foram pedidos constatar que, de acordo com a lei desse país, o objecto do litígio não é susceptível de ser resolvido por via arbitral. Sobre esta questão, o Professor

⁴²⁰ ALBERT JAN VAN DEN BERG, “The New York Convention of 1958: An Overview”, in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (Emmanuel Gaillard & Domenico Di Pietro, Eds), 2008, p. 57; disponível em <http://www.hvdb.com/wp-content/uploads/162.pdf>

⁴²¹ ALBERT JAN VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law International, La Haye, 1981, p. 169.

⁴²² PETER SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Scheidsgerechtbarkeit*, Tübingen, 1975, p. 311, N. 316.

VAN DEN BERG⁴²³ considera que “*This ground can be deemed superfluous as the question of the non-arbitrable subject matter is generally regarded as forming part of the general concept of public policy set forth in Article V(2)(b)*”. Com efeito, a alínea b) do n.º 2 do artigo V da CNI permite, de igual modo, à autoridade competente do país em que forem pedidos o reconhecimento e a execução da sentença arbitral, recusar tal pedido se o reconhecimento ou a execução da sentença são contrários à ordem pública desse país.

Relativamente à questão de saber se a CNI utiliza ou não um critério de *favor validitatis* quanto à validade da convenção de arbitragem, a resposta é mitigada. A validade da convenção de arbitragem será apreciada à luz da lei escolhida pelas partes, ou na sua falta, à luz da *lex arbitri* (lei da sede). É uma ou outra lei. No entanto, pode-se chegar a diversas conexões se a *lex arbitri* incluir normas de conflito⁴²⁴.

A Convenção de Genebra de 1961 sobre a Arbitragem Comercial Internacional valida a convenção arbitral em sede de reconhecimento e execução nos termos idênticos à Convenção de Nova Iorque. Nos termos da alínea a) do n.º 1 do seu artigo IX, a sentença arbitral cujo reconhecimento e execução são requeridos num país contratante, pode ser anulada se as partes à convenção de arbitragem eram incapazes, ou a referida convenção não era válida à luz da lei escolhida pelas partes, ou ainda, na falta de indicação dessa lei da lei do país onde a sentença foi proferida⁴²⁵.

Quanto às legislações nacionais, o tratamento dessa questão diverge. Podemos proceder às seguintes distinções.

⁴²³ ALBERT JAN VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, cit., p. 360; ALBERT JAN VAN DEN BERG, “The New York Convention of 1958: An Overview”, cit., 2008, p. 64; veja-se também: EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES, “Artigo V (inciso 2) – Comentários ao artigo V(2)(A)(B) da Convenção de Nova Iorque”, in *Arbitragem Comercial Internacional – A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*, Arnaldo Wald; Selma Ferreira Lemes (Coord.), Saraiva, 2014, pp. 278-279.

⁴²⁴ SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, cit., p. 212.

⁴²⁵ “1. L’annulation dans un État contractant d’une sentence arbitrale régie par la Convention ne constituera une cause de refus de reconnaissance ou d’exécution dans un autre État contractant que si cette annulation a été prononcée dans l’État dans lequel ou d’après la loi duquel la sentence a été rendue et ce pour une des raisons suivantes:

a) les parties à la convention d’arbitrage étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappées d’une incapacité, ou ladite convention n’est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l’ont soumise ou, à défaut d’indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendu”.

a) Legislações que não apresentam conexões validantes da convenção de arbitragem fora do regime da CNI

I. A lei angolana não apresenta uma norma especial no domínio da arbitragem internacional semelhante ao artigo 178.º, n.º 2 da LDIP. Tendo Angola ratificado recentemente a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, pode-se considerar que os Tribunais angolanos deverão aplicar o regime previsto naquela Convenção. Conforme já referimos supra, o n.º 1 do artigo V da CNI prevê duas soluções alternativas de validação da convenção de arbitragem em sede de reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira: (i) a sua validade à luz da lei a que as partes a sujeitaram (lei escolhida pelas partes), e (ii) a sua validade, em caso de omissão das partes, à lei do país em que fora proferida a sentença arbitral. Existe, pois, no Direito angolano um regime favorável à convenção de arbitragem, em matéria internacional, por via da CNI⁴²⁶.

II. No Direito alemão, o *ZPO* não tem uma disposição semelhante aos artigos 178.º, n.º 2 ou 51.º, n.º 1 das leis suíça e portuguesa, respectivamente. Assim, aplicar-se-á para a apreciação da validade da convenção de arbitragem, em sede de reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira, o regime previsto pelo artigo V da CNI⁴²⁷.

b) Legislações que incorporaram as conexões validantes da convenção de arbitragem previstas pela CNI

III. A lei brasileira da arbitragem de 1996, segundo a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 13.129 de 2015, determina no seu artigo 35.º que a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil em conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos da referida lei. Tendo o Brasil ratificado a Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, as

⁴²⁶ Veja-se: MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2ª Edição, Almedina, 2013, p. 559.

⁴²⁷ Veja-se: POUDRET; BESSON, *Comparative Law on International Arbitration*, cit., p. 261, N. 300.

observações feitas nesta matéria valem, *mutatis mutandis*, no que respeita ao Direito brasileiro. No entanto, a lei brasileira é mais explícita porque o seu art. 38.º transcreve no Direito brasileiro os requisitos de validação da convenção de arbitragem da Convenção de Nova Iorque. Assim, o ponto II do referido artigo determina que somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou a execução de sentença arbitral estrangeira quando o réu demonstrar que: “a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida”.

IV. O legislador belga não inseriu nas disposições sobre a arbitragem do Código Judiciário uma norma semelhante ao artigo 51.º, n.º 1 da LAVP. No entanto, a validade da convenção de arbitragem em sede de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras pode beneficiar do regime favorável constante da Convenção de Nova Iorque e que se repercutiu no artigo 1721.º do CJB. O artigo 1721.º do Código Judiciário Belga dispõe a propósito que o tribunal de primeira instância apenas pode recusar o reconhecimento e a declaração executória de uma sentença arbitral, independentemente do país onde a mesma foi proferida, nas seguintes circunstâncias: a pedido da parte contra quem for invocada, se essa parte provar que uma das partes à convenção de arbitragem se encontrava em estado de incapacidade, ou que a referida convenção não era válida em virtude da lei a que as partes a sujeitaram, ou, na ausência de escolha dessa lei pelas partes, a lei do país onde a sentença foi proferida. O legislador belga vai, por conseguinte, no sentido do artigo V da Convenção de Nova Iorque.

V. No Direito inglês, as mesmas observações feitas em relação ao Direito belga podem ser observadas. O legislador inglês faz expressa referência à Convenção de Nova Iorque, ao transcrever o seu regime na Secção 103 do *Arbitration Act*. A Secção 103 do *Arbitration Act* aborda a questão da mesma forma que as leis brasileira e belga. Aí se estabelece que “(1) *Recognition or enforcement of a New York Convention award shall not be refused except in the following cases. (2) Recognition or enforcement of the award may be refused if the person against whom it is invoked proves – (a) that a party to the arbitration agreement was (under the law applicable to him) under some incapacity; (b) that the arbitration agreement was not valid under the law to which the parties subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made (...)*”.

c) Legislações que apresentam conexões validantes para além do regime previsto pela CNI

VI. Em Portugal, o n.º 1 do artigo 51.º da LAVP determina, em matéria da arbitragem internacional, que “A convenção de arbitragem é válida quanto à substância e que o litígio a que ele respeita é susceptível de ser submetido a arbitragem se se cumprirem os requisitos estabelecidos a tal respeito ou pelo direito escolhido pelas partes para reger a convenção de arbitragem ou pelo direito aplicável ao fundo da causa ou pelo direito português”.

A autonomia privada é característica da arbitragem internacional. O disposto no referido artigo aplica-se nas arbitragens internacionais, desde que a lei portuguesa seja chamada a reger o procedimento arbitral⁴²⁸. Esta disposição da lei portuguesa opera em dois sentidos: para a validação da convenção de arbitragem que for directamente questionada; e em sede de impugnação da sentença arbitral proferida com base nela⁴²⁹.

⁴²⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem ...*, cit., p. 499.

⁴²⁹ DÁRIO MOURA VICENTE, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Almedina, 2015, p. 134; MARIA HELENA BRITO, “Arbitragem internacional. A propósito da nova lei da arbitragem voluntária”, in *Themis*, Ano XII – N.ºs 22/23, 2012, p. 122: “Perante o disposto no n.º 2 do art. 51.º, a conexão alternativa estabelecida no número anterior opera não apenas nas situações em que diretamente se discuta a validade substancial da convenção de arbitragem, mas também quando a questão da validade substancial da convenção de arbitragem se suscite a propósito da impugnação da sentença proferida com base nela (...) O art. 56.º, n.º 1, a), i), 2.ª frase, da LAV considera fundamento de não reconhecimento ou execução de uma sentença proferida numa arbitragem localizada no estrangeiro a invalidade da convenção de arbitragem ‘nos termos da lei a que as partes a sujeitaram ou, na falta de indicação a este respeito, nos termos da lei do país em que a sentença foi proferida’. Ora, cotejando o art. 51.º, n.º 1, com o art. 56.º, n.º 1, a), i), 2ª frase, da LAV, verifica-se que, no sistema actual, não existe coincidência entre, de um lado, o elenco de leis designadas para reger a validade substancial da convenção de arbitragem por força da norma de conflitos de conexão alternativa constante daquele primeiro preceito e, de outro lado, o conjunto de leis perante as quais o tribunal estadual português deve, sucessivamente, aferir a validade da convenção de arbitragem no âmbito de um pedido de reconhecimento ou execução de sentença proferida numa arbitragem localizada no estrangeiro. A razão da diferença verificada pode porventura relacionar-se com uma ideia de favorecimento das arbitragens internacionais localizadas em Portugal, em países que apliquem o regime da Convenção de Nova Iorque”. Contrariando essa argumentação, escreve A. SAMPAIO CAMELO que: “nem a diferença apontada tem a explicação sugerida por esta autora (Maria Helena Brito) nem ela deve suscitar perplexidade. Na verdade, num grande número de leis de arbitragem não são coincidentes (e, não raro, diferem bastante) os fundamentos de impugnação de sentenças arbitrais (mesmo as proferidas em arbitragens internacionais) e os fundamentos de recusa de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. A razão daquela diferença foi mais prosaica. Ao definir os fundamentos de impugnação das sentenças arbitrais proferidas em arbitragens internas ou internacionais), os redatores do projeto que esteve na origem da LAV sabiam que, neste domínio, eram livres de dispor como melhor entendessem, desviando-se do teor do art. 34.º da Lei Modelo da UNCITRAL, quando vissem boa justificação para tanto. Pelo contrário, ao enunciar, no art. 56.º da LAV, os fundamentos de recusa do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, quem redigiu aquele projeto sentiu-se limitado pela circunstância de essa matéria ser regulada por uma convenção internacional que teve como objectivo primordial conseguir uma padronização e harmonização daqueles fundamentos. O mesmo aconteceu, de resto, com a esmagadora

Quando for requerida a um tribunal estadual a anulação de sentença arbitral proferida numa arbitragem internacional localizada em Portugal, com fundamento em o objecto do litígio não ser susceptível de decisão por arbitragem nos termos do Direito português (*lex fori*), deve a convenção ser tida como válida se o for segundo o Direito escolhido pelas partes (*lex compromissi*) ou o Direito aplicável ao mérito da causa (*lex contractus*)⁴³⁰.

O n.º 1 do artigo 51.º aplica-se à validade substancial da convenção de arbitragem. Quanto à sua validade formal, esta rege-se pelo Direito aplicável à própria convenção, nos termos gerais⁴³¹. Conforme o Professor MENEZES CORDEIRO⁴³², “as conexões validantes operam, tão só, quanto à substância: têm a ver com a arbitrabilidade, com a constituição e o funcionamento do tribunal e com os demais aspectos (e são quase todos) deixados à autonomia privada”. O mesmo autor observa que a proximidade dos Direitos pode levar a que a convenção de arbitragem que contunda com a lei escolhida pelas partes, contunda também com a lei do contrato e a lei do foro⁴³³.

VII. No Direito espanhol, nos termos do n.º 6 do artigo 9.º da *Ley de Arbitraje*: “*Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español*”. O legislador espanhol, tal como o legislador português, ao adoptarem a solução de uma conexão alternativa da convenção de arbitragem para a sua validação, em matéria da arbitragem internacional, afastou-se claramente do método francês de matriz jurisprudencial⁴³⁴. Contudo, o legislador refere-se às normas jurídicas, ou seja à lei,

maioria das leis de arbitragem aprovadas nos Estados Contratantes da CNI, que nem pelo facto essa convenção incluir a norma do seu artigo VII (1) – que permite a esses Estados consagrar na respectiva leis regimes mais favoráveis ao reconhecimento de sentenças estrangeiras – se sentiram plenamente ‘à vontade’ para se afastar do disposto no seu artigo V” (A. SAMPAIO CAMELO, *O Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, cit., pp. 152-153).

⁴³⁰ DÁRIO MOURA VICENTE, in D. MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Almedina, 2015, p. 134.

⁴³¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 500.

⁴³² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 500.

⁴³³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 500.

⁴³⁴ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROSAS; SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO; GONZALO STAMPA, *Principios Generales del Arbitraje*, cit., pp. 167-168; MIGUEL GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, cit., 450.

enquanto o legislador português, à semelhança do legislador suíço, refere-se ao Direito do foro, ao Direito escolhido pelas partes ou ao Direito aplicável ao contrato.

Segundo MANTILLA-SERRANO⁴³⁵: “*El legislador español adoptó (...) un principio de máxima eficacia del convenio arbitral, al cual despoja de formalismos, reconociéndole su plena validez, en materia internacional, cuando satisfaga las condiciones de una cualquiera de varias normas jurídicas contempladas*”. A mesma posição é partilhada pela Professora PERALES VISCASILLAS⁴³⁶, para quem deriva, entre outros, do artigo 9.º, n.º 6 da *Ley de Arbitraje* um princípio da “*validez de los convénios arbitrales*”.

d) A técnica de formulação de regras materiais da jurisprudência francesa

VIII. No Direito francês, já foi feita *supra* a explanação acerca da técnica de validação da cláusula compromissária (convenção de arbitragem) aplicada em matéria de arbitragem internacional. A jurisprudência francesa escolheu definir o regime jurídico da convenção de arbitragem internacional através do método das regras materiais. Recorde-se os acórdãos *Hecht*, *Menicucci*, *Dalico*, *Zanzi*, *etc.*⁴³⁷. O método conflitual é considerado inapropriado para a determinação do regime jurídico da convenção de arbitragem internacional, por duas razões: em primeiro lugar, ele geraria incertezas relativamente à lei aplicável; em segundo lugar, poderá conduzir à aplicação de uma lei substancial inadaptada. A lógica das regras materiais aplicadas pelos

⁴³⁵ FERNANDO MANTILLA-SERRANO, “La ley española de arbitraje”, in *Revista de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2010, p. 30: “A todo lo largo y ancho de la ley española de arbitraje, se destila una innegable propensión por defender, siempre que sea posible, la validez y eficacia no solo del convenio arbitral, sino también de los demás acuerdos de las partes y del procedimiento arbitral, al igual que la validez y eficacia del laudo”. Em relação ao artigo 13.º, n.º 7 da lei peruana da arbitragem, veja-se: FERNANDO MANTILLA-SERRANO, “La nouvelle loi péruvienne sur l’arbitrage du 27 juin 2008” ..., p. 734: “Ainsi, en matière d’arbitrage international, à l’instar des loi suisse et espagnole, elle prévoit un système dit de rattachement alternatif *in favorem validitatis* applicable aussi bien aux conditions de validité de la convention qu’à l’arbitrabilité du litige”. Em relação ao artigo 5.º da lei dominicana da arbitragem (Lei n.º 489-08, de 19 de Dezembro e 2008); veja-se: STEPHAN ADELL, “La nouvelle loi dominicaine sur l’arbitrage commercial du 19 décembre 2008”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 3, 2009, p. 507. Veja-se também: IGNACIO ESTEBAN MONASTERIO; DAVID GARCÍA BARTOLOMÉ; GILBERTO PÉREZ DEL BLANCO; LAURA VÁSQUEZ GÓMEZ-ESCALONILLA, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 57.

⁴³⁶ PILAR PERALES VISCASILLAS, “Sobre la posible retroacción del laudo anulado y la dispar jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia”, in *Spain Arbitration Review*, N.º 25, Club Español del Arbitraje, 2016, p. 127.

⁴³⁷ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉROME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, cit., p. 497, N. 593.

tribunais franceses corresponde a uma concepção puramente utilitarista da arbitragem internacional que busca o *favor validitatis*⁴³⁸.

Há que realçar o carácter geral e sistemático das regras materiais francesas. Com efeito, as regras materiais em causa permanecem francesas. No entanto, aplicam-se mesmo no litígio relativo a um contrato executado no estrangeiro entre partes estrangeiras, bastando que um juiz francês seja chamado a intervir, qualquer que seja o fundamento da sua intervenção⁴³⁹. Contudo, importa salientar que FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN⁴⁴⁰ também entendem que, através da adesão da França à Convenção de Genebra de 1961, que considera a convenção de arbitragem válida desde que o seja face à *lex compromissi* e à *lex fori*, chega-se a um regime semelhante à lei suíça.

e) A presunção de validade da convenção de arbitragem internacional no Direito Federal dos Estados Unidos da América

IX. O § 2 do FAA estabelece uma presunção de validade da convenção de arbitragem internacional. Dispõe-se nele que “*A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation*”.

A convenção de arbitragem internacional é presumida como sendo válida, a não ser por um número limitado de causas de invalidade, quando a mesma seja nula (“*null and void*”), inoperante (“*inoperative*”) ou não susceptível de ser implementada ou

⁴³⁸ JOSÉ F. MERINO MERCHÁN; JOSÉ M^a CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, cit., pp. 1193-1194, N. 2507.

⁴³⁹ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 498, N. 594.

⁴⁴⁰ EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., p. 238.

executada (“*incapable of being performed*”)⁴⁴¹. Uma das causas de invalidade da convenção de arbitragem é o dolo (*fraudulent inducement*)⁴⁴².

No que respeita à nulidade, o Tribunal de Apelação do 3º Circuito decidiu, no caso *Alexander v. Anthony International* (2003) que uma cláusula arbitral era exorbitante (*unconscionable*) quando impedia um trabalhador de reaver não só os honorários do advogado, mas também reclamar o pagamento de danos punitivos (*punitive damages*)⁴⁴³. De igual modo, foi defendido no caso *A Best Floor Sanding Pty v. Skyer Australia Pty Ltd* (1999)⁴⁴⁴ que a cláusula arbitral era nula quando o objecto do litígio era de natureza a afectar os direitos de terceiros⁴⁴⁵. No caso concreto, tratava-se da liquidação de uma sociedade constituída por *joint-venture*.

Quanto à segunda causa de invalidade da convenção de arbitragem, a ineficácia (*inoperative*) aplica-se quando a mesma tenha cessado os seus efeitos v.g. pelo facto de a instituição de arbitragem indicada na convenção já não existir⁴⁴⁶.

Por fim, a convenção de arbitragem não é susceptível de ser executada (*incapable of being performed*) quando (i) haja um desequilíbrio significativo entre as partes, v.g., entre um profissional e o consumidor, impondo o primeiro modalidades de arbitragem muito constrangedoras para o segundo; (ii) com base no princípio de “*vindication of statutory rights*”⁴⁴⁷, que consiste num meio de defesa que permite afastar a aplicação de uma convenção arbitral quando os custos do procedimento arbitral tornam ilusório o exercício dos direitos conferidos por lei (*statutory rights*)⁴⁴⁸; ou, (iii) com base na aplicação da “*doctrine of repudiation*” invocada quando uma das partes alega que a convenção de arbitragem foi revogada pelo facto de a contraparte ter faltado a cumprir com as obrigações assumidas nos termos da referida convenção⁴⁴⁹.

⁴⁴¹ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 177; ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 318.

⁴⁴² GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 412.

⁴⁴³ ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes ...*, cit., p. 112.

⁴⁴⁴ VSC 170 at 18 (1999), disponível em: http://www.arbitrator.com.au/doku.php?id=a_best_floor_sanding_party_v_skyer_australia_party

⁴⁴⁵ ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes ...*, cit., p. 112.

⁴⁴⁶ ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes ...*, cit., p. 114.

⁴⁴⁷ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 319.

⁴⁴⁸ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 319.

⁴⁴⁹ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, 2nd edition, Wolters Kluwer, 2015, p. 421.

Nos Estados Unidos da América, verifica-se uma atitude pró-arbitragem dos tribunais, consagrada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no célebre caso *Moses H. Cone*⁴⁵⁰. Inicialmente, os tribunais dos Estados Unidos da América aplicavam as técnicas de interpretação dos contratos para efeitos de interpretação da convenção de arbitragem. Refira-se a jurisprudência do caso *Necchi S.p.A. v. Necchi Sewing Machine Sales Corp.* (1965)⁴⁵¹.

O Juiz SWYGERT observou, no entanto, no caso *S.A. Mineração da Trindade-Samitri v. Utah Int'l, Inc.* (2d Cir. 1984), que o princípio da interpretação da convenção de arbitragem baseada na procura da intenção real das partes apresentava lacunas na medida em que não oferecia mais directrizes para a sua concretização⁴⁵². Segundo ele⁴⁵³, “*The scope of an arbitration clause, like any contract provision, is a question of the intent of the parties (...). That principle, however, frequently fails to offer much guidance. A dispute over scope of a contract provision generally arises when the parties failed to agree beforehand to the meaning of the provision or, as is usually the case, when they failed to consider the intended meaning of a provision*”.

Os tribunais americanos adoptaram um rumo energicamente a favor da arbitragem com a jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, no caso *Moses H. Cone Memorial Hospital vs. Mercury Construction* (1983)⁴⁵⁴. O que se abstrai desta decisão é que os tribunais devem inclinar-se a favor da arbitragem, em detrimento dos tribunais judiciais, quando a legislação aplicável à convenção ou cláusula arbitral favoreça a arbitragem⁴⁵⁵.

O *Federal Arbitration Act (FAA)* é uma legislação considerada fortemente promotora da arbitragem nos Estados Unidos. No referido caso *Moses*, o *Supreme*

⁴⁵⁰ 460 U.S. 1 (1983); STEVEN BURTON, “Chapter 7: The Legal environment”, in Robert B. von Mehren; Steven J. Burton; George Coombe, Jr., *American Arbitration – Principles and Practice*, Practising Law Institute, 2009, p. 7-4; JEANETTE JAEGGI, “Ideologies of arbitration”, cit., pp. 250-251.

⁴⁵¹ 348 F. 2d 693, 696 (2d Cir. 1965); W. MICHAEL REISMAN; W. LAURENCE CRAIG; WILLIAM PARK; JAN PAULSSON, *International Commercial Arbitration – cases, materials and notes on the resolution of international business disputes*, University casebook series, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1997, p. 466.

⁴⁵² 348 F. 2d 693, 696 (2d Cir. 1965); W. MICHAEL REISMAN; W. LAURENCE CRAIG; WILLIAM PARK; JAN PAULSSON, *International Commercial Arbitration – cases, materials and notes on the resolution of international business disputes*, cit., p. 466.

⁴⁵³ 348 F. 2d 693, 696 (2d Cir. 1965); W. MICHAEL REISMAN; W. LAURENCE CRAIG; WILLIAM PARK; JAN PAULSSON, *International Commercial Arbitration – cases, materials and notes on the resolution of international business disputes*, cit., p. 466.

⁴⁵⁴ 460 U.S. 1 (1983).

⁴⁵⁵ FERNANDO AGUILAR, “Notas sobre la interpretación de la convención arbitral”, in *Buenos Aires*, Marzo 28 de 2007 – JA 2007-I, fascículo n.º 13, p. 12.

Court dos Estados Unidos afirmou que o *Federal Arbitration Act* traduz “a liberal federal policy favoring arbitration” e estabelece que “[a]s a matter of federal law, any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration, whether the problem at hand is the construction of the contract language itself or an allegation of waiver, delay, or a like defense to arbitrability”, não obstante qualquer legislação estadual em contrário⁴⁵⁶. Assim, a interpretação da convenção de arbitragem é feita, em regra, de modo extensivo⁴⁵⁷.

Uma das críticas feitas à jurisprudência *Moses H. Cone* radica na sua utilização pelos tribunais americanos, mesmo em matéria de contratos de adesão, de modo que a interpretação *contra preferentem* deixou de ter efeitos na interpretação das convenções arbitrais⁴⁵⁸. A referida jurisprudência foi ainda invocada para remeter as partes à arbitragem, mesmo quando uma (a ré) renunciou à arbitragem, tendo adoptado um comportamento contrário ao seu direito de recorrer à arbitragem, ao participar voluntariamente de um processo judicial desencadeado pelo autor, apesar da existência da convenção de arbitragem. A renúncia à convenção de arbitragem requer, segundo os tribunais americanos, a demonstração pela parte que o invoca de um prejuízo sofrido⁴⁵⁹.

Ainda no caso *Oriental Commercial and Shipping Co. Ltd v. Rosseel N.V.* (1985)⁴⁶⁰, o Tribunal de Distrito de Nova Iorque afirmou que “*Arbitration clauses must be interpreted broadly, and all doubts as to whether dispute is encompassed by a particular clause must be resolved in favor of arbitration even where the problem is the construction of the contract language itself*”.

No caso *Rush v. Oppenheimer & Co (2nd Circuit, 1985)*⁴⁶¹, o Tribunal decidiu que “*Given this dominant federal policy favoring arbitration, waiver of the right to compel arbitration due to participation in litigation may be found only when prejudice to the other party is demonstrated*”. Contudo, no caso *Khan v. Parsons Global Servs., Ltd (2009)*⁴⁶², o Tribunal afirmou que “*If the Court is faced with any ambiguity with*

⁴⁵⁶ RICHARD FRANKEL, “The Arbitration Clause as Super Contract”, in *Washington University Law Review*, Vol. 91, Issue 3, 2014, pp. 531 e ss.; GARY B. BORN, *International Arbitration – cases and materials*, cit., p. 474.

⁴⁵⁷ STEPHEN WARE; ARIANA LEVINSON, *Principles of Arbitration*, West Academic Publishing, 2017, pp. 95-96.

⁴⁵⁸ RICHARD FRANKEL, “The Arbitration Clause as Super Contract”, cit., p. 555.

⁴⁵⁹ RICHARD FRANKEL, “The Arbitration Clause as Super Contract”, cit., p. 562.

⁴⁶⁰ 68 US 75 (1985); disponível em: www.newyorkconvention.org.

⁴⁶¹ 779 F. 2d 885, 887 (2d Cir. 1985).

⁴⁶² 480 F. Supp. 2d 327 (D.D.C. 2009); GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 474.

regard to the scope of the waiver, the Court must resolve the ambiguity in favor of arbitration”.

Ainda recentemente, no caso *Directv, Inc. v. Imburgia* (2015)⁴⁶³, o Supremo Tribunal Federal americano reafirmou que “*In applying general state-law principles of contract interpretation to the interpretation of an arbitration agreement (...) due regard must be given to the federal policy favoring arbitration, and ambiguities as to the scope of the arbitration clause itself [are] resolved in favor of arbitration*”⁴⁶⁴. A interpretação restritiva das convenções de arbitragem só se verifica em poucas matérias, v.g. litígios individuais de trabalho⁴⁶⁵.

2.3. Síntese comparativa e conclusiva

I. Os sistemas jurídicos nacionais estudados prosseguem por meio de disposições legais de âmbito nacional ou internacional um regime de favorecimento da convenção de arbitragem através do método da conexão alternativa, de uma regra material de validação ou por via de presunção de validade.

Um primeiro grupo de países constituído pela Suíça, Portugal e Espanha com disposições semelhantes consagraram a regra da conexão alternativa com base em três critérios (Direito escolhido pelas partes para reger a convenção de arbitragem, Direito aplicável ao fundo da causa e pelo Direito nacional). A conexão alternativa é uma técnica que, prosseguindo o princípio do *favor negotii*, é adoptada no Direito Internacional Privado, sobretudo em matéria de forma dos negócios jurídicos⁴⁶⁶. O recurso ao *favor negotii* (ou efeito útil) na interpretação das convenções faz presumir que as partes não quiseram sujeitar a convenção arbitral a um Direito que a privasse de qualquer efeito. Por conseguinte, o tribunal há-de aplicar um Direito mais favorável à validade⁴⁶⁷.

Apenas a lei espanhola se refere às normas jurídicas que são assimiláveis aos preceitos legais, e não usa a palavra “Direito”. “*Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de*

⁴⁶³ 577 U.S. (2015).

⁴⁶⁴ STEPHEN WARE; ARIANA LEVINSON, *Principles of Arbitration*, cit., p. 95.

⁴⁶⁵ STEPHEN WARE; ARIANA LEVINSON, *Principles of Arbitration*, cit., p. 95.

⁴⁶⁶ MARIA HELENA BRITO, “Arbitragem internacional. A propósito da nova lei da arbitragem voluntária”, cit., p. 122; MIGUEL GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, cit., p. 450.

⁴⁶⁷ FABIEN GÉLINAS, “*Favor arbitrandum et favor validitatis*”, cit., p. 40-41.

arbitraje si se cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español". As leis suíça e portuguesa fazem referência não à lei (*lex*), mas ao Direito aplicável, quer seja do foro ou da escolha das partes, ou ainda em virtude de ser a que se deva aplicar ao fundo da causa. O Direito não se circunscreve tão-somente à lei. É o que observam, alíás, os Professores KAUFMANN-KOHLER e RIGOZZI⁴⁶⁸, quando afirmam que "*Le fait que l'article 178, al. 2 LDIP se réfère à trois systèmes de 'droit' et non pas, comme le fait l'article 187 LDIP, à des systèmes de 'règles de droit' n'empêche pas d'admettre la validité de la convention d'arbitrage au regard de normes de source non étatique, comme, par exemple, les 'usages du commerce pertinents' selon l'art. 17 RCCI ou, plus généralement, la lex mercatoria (...). Faut-il, contrairement à ce que nous preconisons dans la première édition, considérer que les parties peuvent autoriser le tribunal arbitral à décider de la validité matérielle de la convention d'arbitrage en équité au sens de l'art. 178 al. 2 LDIP? L'objectif in favorem validitatis, qui est le fondement de l'art. 178 al. 2 LDIP semble imposer une réponse positive. La pratique du Tribunal arbitral de la FIBA (FAT) va d'ailleurs dans ce sens*".

Um segundo grupo que integra apenas a França sujeita a convenção de arbitragem internacional a uma regra material de validação, excluindo o método conflitual.

Um terceiro grupo de países, constituído pelo Brasil, Bélgica e Inglaterra reproduziram o regime da conexão alternativa dupla da CNI em sede de reconhecimento da sentença arbitral. Apesar de a lei sobre a arbitragem brasileira não prever expressamente o princípio "*in dubio pro arbitri*", uma certa doutrina mostra-se favorável à sua aplicação na interpretação das convenções arbitrais. Assim, os Professores DOLINGER e TIBURCIO⁴⁶⁹ defendem que a análise da validade da convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso arbitral) "deve ser sempre inspirada pela presunção de sua validade, ou seja, de acordo com o princípio do *favor validitatis* ou *favor arbitratis*. A regra geral é, portanto, a da presunção de validade da convenção de arbitragem, uma vez que a vontade das partes de submeter as suas

⁴⁶⁸ GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *Arbitrage international...*, cit., p. 125.

⁴⁶⁹ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, cit., pp. 134-135.

controvérsias à arbitragem deve ser respeitada. Assim, essa presunção só será elidida em hipóteses excepcionais”.

PETER TZENG⁴⁷⁰ observa que há tribunais estaduais que, embora não disponham de legislação que directamente dê um tratamento tão favorável à convenção de arbitragem, aplicam o princípio *in favorem validitatis* na escolha da lei aplicável à mesma. Num estudo notável, o autor destaca por exemplo que, contrariamente às opiniões difundidas sobre a posição dos tribunais ingleses na determinação da lei aplicável à convenção de arbitragem, estes aplicam “an *in favorem validitatis* rule”⁴⁷¹, escolhendo ou a lei do contrato, ou a lei da sede da arbitragem para salvaguardar a validade da convenção de arbitragem. Embora em 2012 o *Court of Appeals*, no caso *Sulamérica*, havia decidido que a lei aplicável à convenção de arbitragem, na falta da sua designação pelas partes, era a lei do contrato⁴⁷², a posição dos tribunais ingleses não é rígida. O Professor JULIAN LEW⁴⁷³ defende, em matéria de arbitragem comercial internacional, no seu Relatório ao Congresso do ICCA de 1998, que a validade da cláusula arbitral deva ser presumida. Retomando as suas palavras, afirma: “*the formal and substantive validity of the arbitration clause is presumed*”⁴⁷⁴.

Um quarto grupo integrado por Angola e Alemanha favorece a validade da convenção de arbitragem através da sua adesão à CNI. Por fim, o legislador federal dos Estados Unidos da América determina, por sua vez, uma validade de princípio da convenção de arbitragem internacional.

II. A regra da validação da convenção de arbitragem com base numa conexão alternativa é uma manifestação do princípio do *favor arbitrandum*. Vários autores abordam a questão no mesmo sentido. Em relação ao Direito suíço, o Professor

⁴⁷⁰ PETER TZENG, “Favoring validity: The hidden choice of law rule for arbitration agreements”, cit., p. 327.

⁴⁷¹ PETER TZENG, “Favoring validity: The hidden choice of law rule for arbitration agreements”, cit., p. 329; veja-se também: SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, cit., p. 210.

⁴⁷² PETER TZENG, “Favoring validity: The hidden choice of law rule for arbitration agreements”, cit., p. 329.

⁴⁷³ JULIAN D. M. LEW, “The Law applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, in *ICCA Congress Series N.º 9*, p. 123; KLAUS PETER BERGER, “Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?”, in van den Berg (ed.) *ICCA Congress*, ser. N.º 13; *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, p. 313.

⁴⁷⁴ JULIAN D. M. LEW, “The Law applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, cit., p. 123; KLAUS PETER BERGER, “Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?”, cit., p. 313.

STEPHEN BERTI e outros⁴⁷⁵ consideram que a regra da conexão alternativa prevista no artigo 178.º, n.º 2 da LDIP é uma manifestação do *favor validitatis* (“The principle of *favor validitatis* under Subsection 2”). De igual modo, POUDRET e BESSON⁴⁷⁶ consideram que o artigo 178.º, n.º 2 da LDIP determina uma regra de conflitos *in favorem validitatis*. Abordam no mesmo sentido os Professores KAUFMANN-KOHLER e RIGOZZI⁴⁷⁷, para quem “il s’agit d’un rattachement alternatif” visando “assurer la validité de la convention d’arbitrage (rattachement ‘in favorem validitatis’) et, par là, à limiter les contestations relatives à la validité de la convention d’arbitrage”.

Segundo WERNER WENGER⁴⁷⁸, a regra da validação da convenção de arbitragem com base em conexões alternativas impõe a rejeição de uma interpretação restritiva da mesma, uma vez que resulta dessa regra um princípio de *favor validitatis*. Da regra de conflito baseada na conexão alternativa abstrai a doutrina o princípio de uma interpretação das cláusulas patológicas, no sentido de se evitar tanto quanto possível a invalidade ou a inaplicabilidade das mesmas⁴⁷⁹.

O limite do *favor arbitri* expresso na regra da validade da convenção de arbitragem com base na conexão alternativa radica no facto de os requisitos de validade previstos num dos Direitos considerados deverem ser preenchidos na íntegra. Não é possível, conforme referem BERGER e KELLERHALS⁴⁸⁰, proceder a uma espécie de *dépeçage*, consistindo, por exemplo, em retirar de uma legislação ou Direito as normas sobre a representação e de outro as relativas à falta de consciência na declaração.

⁴⁷⁵ STEPHEN V. BERTI *et al.*, *International Arbitration in Switzerland ...*, p. 339 ; CHRISTOPH MÜLLER, “Article 178 PILS”, cit., p. 62.

⁴⁷⁶ JEAN-FRANÇOIS POUDRET; SÉBASTIEN BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2002, p. 274, N. 300; *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd Edition, Stephen V. Berti ; Annette Ponti (Trans.), Thomson, Sweet & Maxwell, 2007, p. 260, N. 300.

⁴⁷⁷ GABRIEL KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, cit., p. 124, N. 223.

⁴⁷⁸ WERNER WENGER, “Art. 178”, in *International Arbitration in Switzerland*, Stephen Berti (Ed.), Kluwer Law International, 2000, p. 347, NN 49-40; CHRISTOPH MÜLLER, “Article 178 PILS”, cit., p. 67.

⁴⁷⁹ PHILIPPE BÄRTSCH; ANGELINA M. PETTI, “The Arbitration Agreement”, in *International Arbitration in Switzerland – A handbook for practitioners*, second edition, Elliott Geisinger; Nathalie Voser (Ed.), Wolters Kluwer, 2013, p. 31.

⁴⁸⁰ BERGER; KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, second edition, cit., p. 102, N. 372; DANIEL WEHLI; MARCO STACHER, “Arbitration under the Swiss Rules”, in *International Commercial Arbitration – Different forms and their features*, Giuditta Cordero-Moss (Ed.), Cambridge University Press, 2013, p. 349.

No âmbito do Direito português, o Professor MOURA VICENTE⁴⁸¹ defende que o artigo 51.º, n.º 1 da LAVP estabelece uma regra de conflitos que dá “expressão nesta matéria ao princípio do *favor negotii* – ou, mais especificamente, do *favor arbitrandum*”, ao submeter a validade substancial da convenção de arbitragem, em alternativa à *lex compromissi*, à *lex contractus* e à *lex fori*. No mesmo sentido aborda a questão o Professor MENEZES CORDEIRO⁴⁸², quando afirma que há neste preceito um *favor arbitrationis*, dobrado por um *favor negotii*. De acordo com o mesmo autor⁴⁸³, o artigo 51.º da LAVP “está dominado pela preocupação de validar, o mais possível, as convenções de arbitragem (...). O funcionamento desse preceito é possibilitado pela autonomia reconhecida ao acordo de arbitragem (18.º/2 e 3): o contrato onde ele se insere seguirá o destino que resulta da *lex contractus*”. O seu escopo é o *favor validitatis*⁴⁸⁴. A mesma opinião é partilhada por MANUEL BARROCAS⁴⁸⁵, para quem a técnica de validade da convenção de arbitragem com base em critérios de conexão alternativa constitui uma aplicação do princípio *in favorem validitatis* à convenção de arbitragem internacional. Por fim, SAMPAIO CAMELO⁴⁸⁶ considera que o feixe de conexões alternativas do artigo 51.º, n.º 1 se inspira no *favor arbitrandum*.

3. Inoponibilidade à contraparte de exceções baseadas no Direito interno do Estado parte a uma convenção de arbitragem

3.1. Referência histórica

É na jurisprudência francesa que se deve buscar a origem da regra da inoponibilidade à contraparte de exceções baseadas no Direito interno do Estado parte a uma convenção de arbitragem⁴⁸⁷. Inicialmente, o artigo 1004.º do antigo Código de

⁴⁸¹ DÁRIO MOURA VICENTE, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3ª ed. rev. e atualizada, Almedina, 2017, p. 162.

⁴⁸² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem ...*, cit., p. 500.

⁴⁸³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem ...*, cit., p. 500.

⁴⁸⁴ CHRISTOPH MÜLLER, *International Arbitration – A Guide to the Complete Swiss Case Law (Unreported and Reported)*, 2004, p. 27.

⁴⁸⁵ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 559-560.

⁴⁸⁶ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *O Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, Almedina, 2016, p. 152; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A sentença arbitral contrária à ordem pública perante a nova LAV”, in *Direito da Arbitragem*, Almedina, 2017, p. 36.

⁴⁸⁷ Conforme Chillón Medina e Merino Merchán, “La cuestión se aborda, por primeira vez, en Francia, en una decisión del Tribunal de Apelación de Paris, el *arrêt Myrtoon Steam Ship*, em que se

Processo Civil francês proibia ao Estado e às pessoas colectivas de Direito público a celebração de compromissos arbitrais nas contestações sujeitas à comunicação ao Ministério público. E o artigo 83.º do mesmo Código previa que as causas envolvendo o Estado, as comunas, os estabelecimentos públicos deviam ser comunicadas ao Procurador da República. A jurisprudência francesa abrangueu nessa proibição as cláusulas compromissórias. Hodiernamente, tal proibição consta do artigo 2060.º do Código Civil, resultante da reforma da lei de 5 de Julho de 1972: “*On ne peut compromettre (...) sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics*”⁴⁸⁸.

A jurisprudência francesa elaborou, através de um processo evolutivo, uma regra material de Direito Internacional relativa à impossibilidade do Estado e das pessoas colectivas de Direito público de se prevalecerem da sua inaptidão a celebrarem compromissos arbitrais (incluindo cláusulas compromissórias)⁴⁸⁹.

3.1.1. Referência explícita à lei do contrato (diferente da lei francesa) como um dos fundamentos à inaplicabilidade da proibição feita ao Estado e às pessoas colectivas de Direito público de celebrarem compromissos arbitrais

1º O caso *Myrtoon Steamship* (1957)

Um primeiro caso opôs a Sociedade *Myrtoon Steamship Cº* ao Ministério da Marinha mercante francesa (*Ministère de la Marine marchande*)⁴⁹⁰. A Direcção dos

estabelece claramente que la prohibición, que no debe ser considerada de orden público internacional, no afecta al Estado implicado en operaciones de carácter internacional” (CHILLÓN MEDINA; MERINO MERCHÁN, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, cit., p. 632, N. 997); veja-se também: THOMAS E. CARBONNEAU, *Carbonneau on Arbitration: Collected Essays*, Jurisnet, LLC, 2010, pp. 253-254.

⁴⁸⁸ FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, cit., p. 330; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de litígios com entes públicos*, Almedina, 2007, pp. 119-121.

⁴⁸⁹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional ...*, cit., p. 219: “Em matéria internacional (...), a jurisprudência francesa veio admitir que os árbitros podem decidir litígios que põem em causa disposições de ordem pública e desenvolveu progressivamente uma regra segundo a qual, na arbitragem comercial internacional, são susceptíveis de arbitragem litígios em que sejam partes pessoas colectivas públicas estrangeiras, por forma que um Estado (ou ente público autónomo) não se pode prevalecer das disposições do seu Direito para contestar a validade de uma convenção de arbitragem que tenha livremente celebrado”; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de litígios com entes públicos*, cit., p. 121.

⁴⁹⁰ Paris, 1re Ch., 10 avril 1957, *Myrtoon*, *Revue Critique de Droit International Privé*, Sirey, 1958, pp. 120 e ss.; veja-se também: JOSÉ F. MERINO MERCHÁN; JOSÉ Mª CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, cit., pp. 1250 e ss..

Transportes marítimos do Estado francês havia fretado por um período de um ano o navio grego “Tasis”. O contrato de fretamento continha uma cláusula compromissória que atribuía competência para dirimir os litígios resultantes do referido contrato a árbitros sediados em Londres. Na sequência de dificuldades surgidas quanto ao pagamento do frete, a Sociedade *Myrtoon* desencadeou o procedimento arbitral. Não tendo o Estado francês participado no processo, o árbitro único designado proferiu uma sentença que obteve, em 11 de Junho de 1952, o *exequatur* do Presidente do Tribunal Civil de Sena. O Ministro da Marinha Mercante opôs-se ao Despacho de *exequatur*, alegando, entre outros pontos, a nulidade da cláusula compromissória com o argumento de que o Estado não era comerciante e que o contrato de fretamento não podia ser considerado contrato de Direito privado.

De acordo com o Tribunal de Apelação de Paris, por um acórdão datado de 10 de Abril de 1957: “*Considérant que le second moyen tiré de l’incompétence de l’arbitre n’est pas davantage recevable; que les circonstances postérieures à l’adoption de la clause compromissoire sont sans influence sur la validité (...); qu’au surplus la compétence d’une juridiction ne se trouve pas modifiée par le seul fait que le défendeur invoque un acte du gouvernement comme ayant constitué un acte de force majeure (...); Mais considérant que la prohibition est limitée aux contrats d’ordre interne et est sans application pour les conventions ayant un caractère international (...); Or considérant que l’Etat peut valablement et à l’avance renoncer à l’immunité dont il jouit en acceptant la compétence de juridictions étrangères (...); que plus précisément ce contrat se trouve soumis à la loi anglaise (...)*”⁴⁹¹.

Por conseguinte, o Tribunal de Apelação de Paris considerou que as alterações legislativas posteriores à adopção da cláusula compromissória não podiam influir sobre a sua validade. A competência de uma jurisdição não ficava alterada pelo simples facto da alegação pelo demandado de um acto do governo, cabendo ao tribunal indagar se o acto alegado constituiu para as partes um evento irresistível e imprevisível. O Tribunal constatou ainda que a proibição feita a colectividades públicas de comprometer, prevista no artigo 1004.º do então Código de Processo Civil, se limitava aos contratos internos, sendo inaplicável às convenções de carácter internacional. O Estado, afirmou o Tribunal, podia válida e antecipadamente renunciar à sua imunidade, sujeitando-se à

⁴⁹¹ Paris, 1re Ch., 10 avril 1957, *Myrtoon*, *Revue Critique de Droit International Privé*, Sirey, 1958, pp.122-123.

competência das jurisdições estrangeiras. No caso, o Tribunal entendeu que, tendo o contrato estado sujeito à lei inglesa, e não à lei francesa, esta não previa qualquer proibição de o Estado celebrar compromissos. Por conseguinte, a interdição do artigo 1004.º não era de ordem pública internacional.

2º O caso *San Carlo* (1964)

Confrontado com a mesma problemática, o Tribunal de Cassação francês, por um acórdão de 14 de Abril de 1964, *San Carlo*, decidiu que “*la cour d’appel avait seulement à se prononcer sur le point de savoir si cette prohibition générale, édictée dans les contrats internes, devait encore s’appliquer à un contrat international de droit privé passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime (...) Cette question relevait de la loi du contrat et non de la loi personnelle des parties contractantes*”. O Tribunal de Cassação justifica a sua decisão de limitar a proibição feita ao Estado de celebrar compromissos arbitrais aos contratos internos por razões de comércio internacional, mas procura assentar a sua decisão também no facto de as partes terem designado uma lei estrangeira mais favorável – deste ponto de vista – do que a lei francesa.

Segundo o Tribunal de Cassação francês, a proibição resultante dos artigos 83.º e 1004.º do Código de Processo Civil é de ordem pública interna, não sendo de ordem pública internacional. Assim, não constitui um obstáculo a que um estabelecimento público submeta, como qualquer outro contraente, a convenção de Direito privado que celebra a uma lei estrangeira que admita a validade da cláusula compromissória, quando tal contrato é de carácter internacional⁴⁹². O acórdão do Tribunal de Cassação não é satisfatório, uma vez que, de facto, é difícil admitir que a aptidão de um Estado soberano de se sujeitar à arbitragem seja determinada por uma lei estrangeira⁴⁹³. E, na prática, refere o Professor BERNARD HANOTIAU⁴⁹⁴, é pouco provável que uma lei estrangeira possa pronunciar-se sobre a aptidão de um Estado estrangeiro para celebrar convenções arbitrais.

⁴⁹² Cass. 1re civ., 14 avril 1964, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1966, pp. 68-69.

⁴⁹³ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, in *Journal de Droit International*, 1994, p. 905.

⁴⁹⁴ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, in *Journal de Droit International*, 1994, p. 905.

3.1.2. Abandono do método conflitual e consagração de uma regra material própria da arbitragem internacional

3º O caso *Galakis* (1966)

No caso *Trésor public c. Galakis*⁴⁹⁵, o Tribunal de Cassação francês, por um acórdão datado de 2 de Maio de 1966, confirmou o acórdão do Tribunal de Apelação de Paris que rejeitava a sentença do Tribunal de Sena, que desta vez havia declarado nula a cláusula compromissória, alegando a proibição das colectividades públicas de celebrarem compromissos arbitrais. Segundo o Tribunal de Cassação, a proibição de comprometer resultante para as pessoas colectivas de Direito público, dos artigos 83.º e 1004.º do Código de Processo Civil francês, não põe em causa uma questão de capacidade nos termos do artigo 3.º do Código Civil. Esta proibição, formulada para os contratos internos, não é aplicável a um contrato internacional celebrado para as necessidades e nas condições conformes aos usos do comércio internacional. Trata-se da formulação de uma regra material que passa doravante a reger a arbitrabilidade subjectiva dos litígios em que o Estado ou uma pessoa colectiva de Direito público seja parte⁴⁹⁶.

Para o Tribunal de Cassação, “(...) *attendu que la prohibition dérivant des articles 83 et 1004 du Code de Procédure Civil e ne soulève pas une question de capacité au sens de l'article 3 du Code Civil. Que la Cour d'appel avait seulement à se prononcer sur le point de savoir si cette règle, édictée pour les contrats internes, devait s'appliquer également à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime. Que l'arrêt attaqué décide justement que la prohibition susvisée n'est pas applicable à un tel contrat et que, par suite, en déclarant valable la clause compromissoire souscrite ainsi par une personne morale de droit public, la cour d'appel, abstraction faite de tous les autres motifs qui peuvent être regardés comme surabondants, a légalement justifié sa décision*”.

⁴⁹⁵ Cass. 1re civ., 2 mai 1966, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1967, p. 553 e ss.; CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉROME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, p. 522, N. 623.

⁴⁹⁶ BERNARD HANOTIAU, “L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, in *Journal de Droit International*, 1994, p. 905; JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, p. 156.

3.1.3. Extensão da regra material a todas as pessoas colectivas de Direito público, independentemente da sua nacionalidade

4º Os casos *Gatoil* (1991) e *Bec frères* (1994)

A questão que se colocou aos tribunais franceses foi a de saber se a regra da inoponibilidade da proibição feita ao Estado e às pessoas colectivas de Direito público de comprometer podia ser estendida a um Estado estrangeiro quando a contraparte fosse uma entidade privada francesa. Tal foi o alcance dos acórdãos do Tribunal de Apelação de Paris, de 17 de Dezembro de 1991⁴⁹⁷, no caso *Gatoil* e de 24 de Fevereiro de 1994, no caso *Bec frères*. Para o Tribunal de Apelação de Paris: “*La prohibition pour un Etat de compromettre est limitée aux contrats d’ordre interne. Cette prohibition n’est en conséquence pas d’ordre public international. Pour valider la clause compromissoire incluse dans un marché, il suffit de constater l’existence d’un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international*”⁴⁹⁸.

3.1.4. Conclusão intercalar

Estas decisões constituem os principais antecedentes da regra da inoponibilidade à contraparte de excepções baseadas no Direito interno de um Estado parte de uma convenção de arbitragem internacional. Esta regra de origem jurisprudencial encontrou formulação em alguns instrumentos legislativos, como veremos a seguir⁴⁹⁹.

3.2. Direito positivo

A Convenção de Nova Iorque nada diz em relação à arbitrabilidade subjectiva para a solução de litígios envolvendo Estados. A doutrina alimentou uma discussão, que se revelou infrutífera, sobre se as alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo V da CNI seriam

⁴⁹⁷ Paris, 17 décembre 1991, *Gatoil*, *Revue de l’arbitrage*, 1993, p. 281, note Synvet.

⁴⁹⁸ Paris, 24 février 1994, *Revue de l’arbitrage*, 1995, p. 275, note Y. Gaudemet.

⁴⁹⁹ No Direito OHADA, veja-se: MAURICE KAMTO, “La participation des personnes morales africaines de droit public à l’arbitrage OHADA”, in *L’OHADA et les perspectives de l’arbitrage en Afrique*, Bruylant Bruxelles, 2000, pp. 89-100.

uma base para resolver a questão da arbitrabilidade subjectiva do Estado. Nos termos das referidas alíneas, poderão ser recusados o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral se a autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução foram pedidos constatar que, de acordo com a lei desse país, o objecto de litígio não é susceptível de ser resolvido por via arbitral; ou que o reconhecimento ou a execução da sentença são contrários à ordem pública desse país.

O artigo II da Convenção de Genebra de 1961 dispõe sobre a capacidade das pessoas colectivas de Direito público se submeterem à arbitragem. “1. *Dans les cas visés à l'article 1, paragraphe 1 de la présente convention, les personnes morales qualifiées, par la loi qui leur est applicable, de personnes 'morales de droit public' ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage.* 2. *Au moment de signer ou de ratifier la présente convention ou d'y adhérer, tout Etat pourra déclarer qu'il limite cette faculté dans les conditions précisées dans sa déclaration*”. Na ausência de uma declaração do Estado no sentido de restringir a sua arbitrabilidade subjectiva ou de suas pessoas colectivas de Direito público, admite-se a sua arbitrabilidade subjectiva em relação a litígios sobre operações do comércio internacional com uma pessoa física que tenha a sua residência ou uma pessoa colectiva que tenha a sua sede num dos Estados contratantes⁵⁰⁰.

Por fim, o Instituto de Direito Internacional adoptou uma Resolução na sequência dos trabalhos realizados de 5 a 13 de Setembro de 1989, cujo artigo 5.º refere que “Um Estado, uma empresa ou uma entidade estatal não pode invocar a sua incapacidade de celebrar uma convenção de arbitragem para se recusar a participar numa arbitragem que consentiu”⁵⁰¹.

Quanto aos Direitos nacionais estudados, observa-se uma divergência na abordagem deste aspecto.

⁵⁰⁰ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 906.

⁵⁰¹ Tradução livre. Veja-se: “Résolution adoptée par l’Institut de Droit International à sa session de Saint-Jacques-de-Compostelle”, in *Revue de l’arbitrage*, 1990, pp. 931-934, note de Ph. Fouchard.

a) Legislações omissas quanto à proibição de o Estado parte poder invocar o seu Direito interno para contestar a arbitrabilidade do litígio ou a sua capacidade para ser parte na arbitragem

I. Nos Direitos angolano, alemão, belga, inglês e federal dos Estados Unidos da América, as respectivas legislações sobre arbitragem são omissas quanto à susceptibilidade de pessoas colectivas públicas estrangeiras invocarem o seu Direito para contestarem a validade da convenção de arbitragem⁵⁰². Segundo PAULSSON⁵⁰³, existe um princípio bem firmado pelas jurisdições de *Common Law* segundo o qual o Estado não pode prevalecer-se das suas disposições legislativas para negar o seu consentimento à arbitragem. A regra da proibição por parte do Estado de invocar o seu Direito interno para contestar a validade da convenção de arbitragem é hoje considerada como um princípio geral do Direito Transnacional da Arbitragem.

b) Legislações que dispõem acerca da proibição de o Estado parte poder invocar o seu Direito interno para contestar a arbitrabilidade do litígio ou a sua capacidade para ser parte na arbitragem

II. No Direito suíço, de acordo com o n.º 1 do artigo 177.º da LDIP⁵⁰⁴: “Qualquer causa de natureza patrimonial pode ser objecto de uma arbitragem”⁵⁰⁵. O artigo 177.º da LDIP resolve em primeira instância, através de uma regra material, e não por uma técnica conflitual, a questão da arbitrabilidade de litígios nas arbitragens internacionais. Este critério amplo da arbitrabilidade de litígios permite aos árbitros, numa arbitragem com sede na Suíça, não se preocuparem com a questão da determinação das matérias arbitráveis à luz das leis estaduais estrangeiras (às vezes pouco adaptadas às arbitragens de carácter internacional)⁵⁰⁶. Tendo fixado o critério da

⁵⁰² Veja-se: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 219.

⁵⁰³ JAN PAULSSON, “May state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration? Reflections on the Bentler v. Belgium preliminar Award”, in *International Law Journal*, 1986, 2, pp. 91 e 96.

⁵⁰⁴ R. BUDIN, “La nouvelle loi suisse sur l’arbitrage international”, in *Revue de l’arbitrage*, 1988, pp. 53-54; CL. REYMOND, “La nouvelle loi suisse et le droit comparé”, in *Revue de l’arbitrage*, 1989, pp. 396-398.

⁵⁰⁵ Tradução livre.

⁵⁰⁶ P. LALIVE e E. GAILLARD, “Le nouveau droit de l’arbitrage international en Suisse”, in *Journal de Droit International*, 1989, p. 922.

arbitrabilidade objectiva nas arbitragens internacionais, o legislador suíço estabeleceu em segundo lugar (no mesmo artigo) a proibição constante do n.º 2 do artigo 177.º da LDIP. Nos termos do n.º 2 do artigo 177.º LDIP: “Caso seja parte um Estado, uma empresa dominada pelo Estado ou uma organização por ele controlada, ela não pode pôr em causa a sua capacidade arbitral ou a arbitrabilidade de uma questão, objecto da convenção de arbitragem, invocando o seu próprio Direito”⁵⁰⁷. A lei suíça afasta, por conseguinte, nas arbitragens internacionais, em relação a uma parte que seja um Estado (ou uma entidade de carácter público), a apreciação de questões sobre a sua capacidade arbitral e a arbitrabilidade dos litígios, das regras de conflitos habituais que levariam à aplicabilidade da lei pessoal do Estado-parte a uma arbitragem ou às disposições sobre a arbitrabilidade objectiva do seu ordenamento jurídico. Tratando-se de arbitragens internacionais, o Estado fica inibido de pôr em causa a sua capacidade arbitral ou a arbitrabilidade de litígios decorrentes dum contrato em relação ao qual celebrou uma convenção de arbitragem⁵⁰⁸. Estamos em presença de uma regra material sobre a “capacidade” do Estado e a arbitrabilidade do litígio envolvendo uma pessoa colectiva de Direito público. Esta norma tem por efeito neutralizar as disposições nacionais e estrangeiras que atribuem aos tribunais estaduais uma competência exclusiva em determinadas matérias, v.g. os contratos de Estado, os contratos administrativos e os investimentos⁵⁰⁹. A interdição feita ao Estado de alegar a sua própria incapacidade implica o afastamento de todas as proibições específicas do Direito interno que lhe impeçam de celebrar validamente uma convenção de arbitragem⁵¹⁰. No entanto, as disposições legislativas de natureza genérica que se aplicam a qualquer pessoa, e não ao Estado em particular, que proíbam a celebração de uma convenção de arbitragem não caem no escopo do artigo 177.º, n.º 2 da LDIP⁵¹¹.

⁵⁰⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem ...*, cit., p. 495.

⁵⁰⁸ FOUCARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, cit., p. 341.

⁵⁰⁹ J.-F. POUDRET; S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 198, N. 234; *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 188, N. 234.

⁵¹⁰ J.-F. POUDRET; S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 199, N. 234; *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 188, N. 234.

⁵¹¹ J.-F. POUDRET; S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 188, N. 234; *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 199, N. 234. Para Poudret et Besson, “Cette disposition ne devrait non plus s’appliquer à des restrictions concernant l’ensemble des actes juridiques passés par l’État, et non pas spécifiquement la conclusion d’une convention d’arbitrage. Le Tribunal fédéral semble avoir aussi considéré que l’art. 177 al. 2 LDIP était inapplicable au pouvoir de représentation, lequel restait soumis à la loi personnelle de l’État en cause. A notre avis, il convient toutefois de limiter la portée de cette jurisprudence au cas où l’existence du pouvoir de représentation est régi par des règles générales applicables à tout acte juridique passé par l’État, et non par des

III. No Direito português, o artigo 50.º, n.º 1 da LAVP determina que: “Quando a arbitragem seja internacional e uma das partes na convenção de arbitragem seja um Estado, uma organização controlada por um Estado ou uma sociedade por este dominada, essa parte não pode invocar o seu Direito interno para contestar a arbitrabilidade do litígio ou a sua capacidade para ser parte na arbitragem, nem para de qualquer outro modo se subtrair às suas obrigações decorrentes daquela convenção”. O artigo 50.º da LAVP impede um Estado-parte de uma convenção de arbitragem de invocar o seu Direito interno, no sentido de subtrair-se à arbitragem. Refere-se o texto às questões de arbitrabilidade objectiva e subjectiva. Contudo, o texto da LAVP vai ainda mais longe do que as suas fontes de inspiração (suíça e espanhola), ao dispor que outros motivos de invalidade da convenção de arbitragem não podem ser alegados. Parte-se do pressuposto de que quando o Estado celebrou a convenção de arbitragem tinha plena consciência da reunião dos requisitos de arbitrabilidade objectiva dos diferendos a surgir no âmbito da relação jurídica estabelecida, por um lado; e, por outro, que a convenção de arbitragem que celebrou o foi por uma entidade com capacidade jurídica (competência) para tal. Daí que, sob pena de defraudar as expectativas criadas na outra parte, não se admita que o Estado venha posteriormente dar o dito por não dito, alegando o seu Direito interno inexcogitável.

Quanto à impossibilidade de o Estado invocar as questões de arbitrabilidade objectiva, o Professor MENEZES CORDEIRO⁵¹² observa que o artigo 50.º colide com o artigo 1.º, n.º 5 da LAVP, segundo o qual o Estado e as pessoas colectivas públicas só podem celebrar convenções de arbitragem quando autorizados por lei ou estando em causa litígios de Direito privado. Tal artigo colide ainda com o artigo 46.º, n.º 3, que permite a anulação de decisão arbitral nos casos de invalidade da convenção. E, finalmente, poder-se-á entender que a decisão obtida não seja susceptível de reconhecimento em Portugal [artigo 56.º, n.º 1, a, i)], nem noutro qualquer país que tivesse aderido à CNI por aplicação do seu artigo V, n.º 2, alínea a). O texto do n.º 1 do artigo 50.º da LAVP foi longe de mais ao prever *in fine* que o Estado não pode

restrictions particulières limitées à l'arbitrage. Dans ce dernier cas, les restrictions imposées à la partie étatique ne devraient pas pouvoir être invoquées par celle-ci. Contrairement à Bucher, nous estimons que l'art. 177 al. 2 LDIP s'applique même si la restriction en cause est connue de la partie cocontractante. Dans cette mesure, cette règle ne résulte pas des exigences de la bonne foi, contrairement à ce qu'affirme le Tribunal fédéral ”.

⁵¹² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 497.

invocar o seu Direito interno “para de qualquer outro modo se subtrair às suas obrigações decorrentes daquela convenção”. Questiona o referido autor se os Estados não podem invocar a prescrição, a caducidade, a *exceptio de non adimpleti contractus*, etc.⁵¹³.

Para o Professor SÉRVULO CORREIA⁵¹⁴, a conclusão a tirar do artigo 50.º é de que, quando se trate de arbitragem internacional em que o Estado participe, ele estará sempre inibido de alegar a ilegalidade da convenção de arbitragem. Uma única exceção se impõe: a manifesta incompatibilidade com uma disposição fundamental. A esta exceção acresce o leque de restrições ventiladas pelo Professor MENEZES CORDEIRO⁵¹⁵, a saber: (i) a aplicabilidade de normas universais, (ii) a aplicabilidade dos princípios fundamentais, e (iii) a má-fé da contraparte⁵¹⁶. Contudo, o artigo 50º é, segundo o mesmo autor, lacunar na medida em que, funcionando, ficam sem efeito as regras sobre a arbitrabilidade, a capacidade e outras que de outro modo invalidem a convenção de arbitragem⁵¹⁷. E se o Direito escolhido pelas partes, o Direito aplicável ao fundo ou o Direito português mandar acolhê-las, ficará também o artigo 50.º inoperacional⁵¹⁸. Assim, o real escopo do artigo 50.º radicar-se-ia nas arbitragens de investimento⁵¹⁹, visando o afastamento de privilégios exorbitantes ou imunidades que os Estados possam apresentar para se subtraírem às convenções arbitrais⁵²⁰.

IV. Em Espanha⁵²¹, nos termos do artigo 2.º, n.º 2 da *Ley de arbitraje*: “*Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad*,

⁵¹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 497.

⁵¹⁴ SÉRVULO CORREIA, “Arbitragem internacional com Estados na nova lei de arbitragem voluntária”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 5, 2012, p. 114.

⁵¹⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 498.

⁵¹⁶ Para Fouchard, “La formulation du principe en tant que règle matérielle exclut qu’on puisse l’écarter dans les hypothèses dans lesquelles des dispositions restrictives de la loi de l’État concerné auraient été connues du cocontractant. Il ne s’agit pas en effet d’une simple application des exigences de bonne foi contractuelle mais d’un parti de méthode qui consiste à soustraire la question de l’arbitrabilité subjective aux mécanismes conflictuels classiques, pour les soumettre aux seules règles matérielles de l’État dont les juridictions sont appelées à se prononcer sur la validité de la convention d’arbitrage” (FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité d’arbitrage commercial international*, cit., p. 341).

⁵¹⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 498.

⁵¹⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 498.

⁵¹⁹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “A arbitragem CIRDI e o regime dos contratos de Estado”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 1, 2008, pp. 79-80.

⁵²⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 496.

⁵²¹ IGNACIO ESTEBAN MONASTERIO; DAVID GARCÍA BARTOLOMÉ; GILBERTO PÉREZ DEL BLANCO; LAURA VÁSQUEZ GÓMEZ-ESCALONILLA, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 27.

organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio". Na Exposição de Motivos da Lei espanhola, refere-se que a intenção do legislador espanhol foi que o Estado seja tratado exactamente como qualquer outro particular. Nesta ordem de ideias, "(...) *se introduce también la regla, para el arbitraje internacional, de que los Estados y entes dependientes de ellos no puedan hacer valer las prerrogativas de su ordenamento jurídico. Se pretende con ello que, a estos efectos, el Estado sea tratado exactamente igual que un particular*"⁵²².

3.3. Fundamento jurídico

A inoponibilidade à contraparte das excepções baseadas no Direito interno do Estado parte de uma convenção de arbitragem assenta, na doutrina e jurisprudência internacional, em vários fundamentos⁵²³:

a) Denegação da justiça

Uma parte da doutrina considera como sendo uma denegação da justiça (*non liquet*) a recusa do Estado em submeter-se à arbitragem⁵²⁴. O Professor F.A. MANN⁵²⁵ considera que "*The extent of the doctrine of denial of justice in international law is contentious. But whatever difference of view there may be about the breadth of that*

⁵²² Veja-se também: CARLOS GONZÁLEZ-BUENO, "Spanish Arbitration Act, Article 2 (Matters subject to arbitration)", in Carlos González-Bueno, *The Spanish Arbitration Act: A Commentary*, Dykinson, S.L, 2016, p. 21.

⁵²³ Para José M. Chillón Medina, "Un examen más profundizado de la cuestión nos llevaría a determinar el alcance y la naturaleza de las normas reconocidas por esta jurisprudencia arbitral, no pudiendo evitar el debate, todavía acalorado, de los arbitralistas. En aras de simplificación, podrían centrarse las ideas en torno a três ejes fundamentales: – La concepción de la norma como de naturaleza material internacional (GOLDMAN, fundamentalmente), como consecuencia de una funcionalidad positiva del orden público internacional. – La concepción de la norma como emanada de los usos de comercio internacional (ROBERT, fundamentalmente) y, por consiguiente, manteniendo el orden público en su estricta funcionalidad negativa. – La concepción de la norma como derivada de otros principios generales, como la buena fe contratual, la doctrina de los actos propios, la apariencia debida (*Lizardi*) y el abuso de derecho" (CHILLÓN MEDINA; MERINO MERCHÁN, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, cit., p. 638, N. 1007).

⁵²⁴ STEPHEN SCHWEBEL, "Denial of justice by governmental negation of arbitration", in *International Arbitration – Three salient problems*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987, pp. 61 e ss.

⁵²⁵ *Apud* STEPHEN SCHWEBEL, "Denial of justice by governmental negation of arbitration", cit., p. 62.

concept, there is agreement that at the very least it includes the failure of a State to accord aliens access to its courts and to its system of the administration of justice. Does this core concept embrace the failure of a State to afford an alien access to the arbitral tribunal to whose constitution that State has contractually agreed? (...) An affirmative answer has been given by Switzerland, the United Kingdom and France (...)".

b) *Pacta sunt servanda*

No caso CCI n.º 2321⁵²⁶, o árbitro único referiu-se ao princípio "*Pacta sunt servanda*" para fundamentar a sua posição. Segundo ele: "*Je dois admettre que j'ai quelque peine à suivre le fil du raisonnement selon lequel un État, uniquement en raison de sa situation et de ses qualités suprêmes serait incapable de donner une promesse qui l'engage. Le principe "Pacta sunt servanda" est de façon générale reconnu en Droit International et il est difficile de voir une raison quelconque pour laquelle il ne s'appliquerait pas ici. Un État souverain doit être suffisamment souverain pour faire une promesse qui l'engage aussi bien en Droit International qu'en droit interne*". De resto, é a posição defendida por uma parte da doutrina⁵²⁷.

c) Boa-fé

Outra parte da doutrina e da jurisprudência defende que o Estado e as pessoas colectivas de Direito público não se podem prevalecer do seu Direito interno para contestarem a sua capacidade arbitral ou a arbitrabilidade do litígio, uma vez que não devem desconhecer a sua própria lei. A regra encontraria um amparo na boa fé. A pesquisa jurisprudencial das sentenças arbitrais CCI conforta essa posição.

No caso CCI n.º 4381⁵²⁸, a sentença arbitral decidiu que "*C'est (...) de bonne foi que le cocontractant étranger d'une entreprise d'Etat a donné son accord à la clause d'arbitrage, et qu'il faut par conséquent considérer l'inaptitude (de l'entreprise d'Etat à passer une convention d'arbitrage) comme inopérante en raison de sa contrariété avec l'ordre public international dont la mise en jeu ne pourrait être exclue par l'application du droit (de l'Etat de l'entreprise en cause)*".

⁵²⁶ In *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Kluwer, 1990, p. 248.

⁵²⁷ BERNARD HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen", cit., p. 908.

⁵²⁸ In *Journal de Droit International*, 1986, p. 1102, obs. Y. Derains.

No caso CCI n.º 5103⁵²⁹, o tribunal arbitral afirmou que “*il serait contraire à la bonne foi qu’une entreprise publique qui a dissimulé dans un premier temps, l’existence de telles règles de droit interne, les invoque ultérieurement, si tel est son intérêt dans un litige déterminé, pour dénier la validité d’un engagement qu’elle a souscrit pourtant en parfaite connaissance de cause*”.

No entanto, há autores que contestam o fundamento na boa-fé para a regra em causa. De acordo com POUDRET e BESSON⁵³⁰, o argumento da boa-fé não tem relevância quando ambas as partes conheciam o vício susceptível de afectar a convenção de arbitragem. Para a Professora VAN DE CASTEELE⁵³¹, a boa-fé não se analisa independentemente do comportamento concreto de uma das partes. Como alegar a falta de boa-fé de uma das partes pelo simples facto da invocação de uma disposição legal proibitiva? Por conseguinte, a boa-fé não pode servir de base a uma regra tão absoluta.

d) Rejeição da potestatividade

Existe uma tendência jurisprudencial no sentido de fundamentar na rejeição da potestatividade a proibição de o Estado de invocar o seu Direito interno para contornar uma convenção de arbitragem por ele celebrada. Uma decisão do Tribunal do cantão de Genebra, de 21 de Dezembro de 1993⁵³², julgou que “*Reconnaître le principe de l’approbation du recours à l’arbitrage par le gouvernement ou par le parlement d’un Etat devant être partie à la procédure arbitrale postérieurement à la conclusion d’une clause compromissoire reviendrait à permettre qu’une partie puisse échapper unilatéralement à un accord librement consenti*”.

⁵²⁹ In *Journal de Droit International*, 1988, p. 1209, note G. Aguilar Alvarez.

⁵³⁰ J.-F. POUDRET; S. BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage commercial international*, cit., N.ºs. 234 e 235; BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, in *Journal de Droit International*, 1994, p. 908.

⁵³¹ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 222, N. 238.

⁵³² Cour de justice du Canton de Genève, 21 décembre 1983. Decisão proferida no âmbito do caso CCI n.º 3526 (sentença proferida em 17 de Fevereiro de 1982), citado por E. GAILLARD, “Arbitrabilité”, *J.-Cl., Droit International*, fasc. 586-3, 1994, n.º 16; *apud* LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 224, N. 244.

e) Tutela da confiança

Fez-se na jurisprudência dos tribunais arbitrais da CCI o recurso ao princípio da tutela da confiança legítima para justificar a proibição feita ao Estado de alegar o seu Direito interno de ignorar uma convenção de arbitragem por ele celebrada. No caso CCI n.º 1939⁵³³, o tribunal arbitral decidiu que “*L’ordre public international s’opposerait avec force à ce qu’un organe étatique, traitant avec des personnes étrangères au pays puisse passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d’arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou dans la procédure d’exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole*”.

Um acórdão do Tribunal de Apelação do Cairo, de 19 de Março de 1997⁵³⁴, fundamentou a regra em causa na necessidade da tutela da confiança das partes. Aí se afirma que “*Les personnes de droit public ne peuvent écarter une clause d’arbitrage insérée dans leur contrat en invoquant des restrictions légales, même si elles sont réelles. De surcroît, permettre aux personnes de droit public de s’affranchir d’une clause d’arbitrage qu’elles ont insérée dans un contrat avec une partie étrangère en soutenant que les contrats administratifs ne peuvent être soumis à l’arbitrage, est de nature à ébranler la confiance des parties qui traitent avec ces organes et peut causer de graves dommages aux investissements étrangers et aux projets de développement*”.

f) *Venire contra factum proprium*

A doutrina da confiança veda o *venire contra factum proprium*⁵³⁵. O *venire contra factum proprium* funda-se na boa fé (objectiva). O argumento resulta do texto da sentença arbitral no caso *Framatome*⁵³⁶, em que o tribunal arbitral afirmou a existência de um princípio geral universalmente reconhecido tanto nas relações inter-

⁵³³ Caso CCI n.º 1939, in *Journal de Droit International*, 1982, pp. 971 e 977.

⁵³⁴ In *Revue de l’arbitrage*, 1997, pp. 283 e ss., note Ph. Leboulanger.

⁵³⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., 760; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. V, Parte Geral, Almedina, 2011, pp. 290-291.

⁵³⁶ “il est superflu d’ajouter qu’un principe général, aujourd’hui universellement reconnu tant dans les rapports inter-étatiques que dans les rapports internationaux privés (que ce principe soit considéré comme d’ordre public international ou appartenant aux usages du commerce international ou aux principes reconnus tant par le droit des gens que par le droit de l’arbitrage ou la *lex mercatoria*) interdirait de toute façon à l’État iranien (...) de renier l’engagement d’arbitrage qu’il aurait souscrit (...)”.

estaduais como nas relações internacionais privadas que interdita um Estado de negar ou contestar a convenção de arbitragem que celebrou. A mesma análise é partilhada pelos Professores KEUTGEN e DAL⁵³⁷.

g) *Estoppel*

O *estoppel* é um instituto do sistema anglo-saxónico. Trata-se de uma figura jurídica segundo a qual quem formula certa declaração inverídica com o objectivo de que o declaratório actue confiando nela não pode ulteriormente, caso aquele venha efectivamente a agir na base dela, prevalecer-se da sua falsidade, ainda que falte a chamada *consideration* que constitui, no Direito anglo-saxónico, a contrapartida negociada como condição de eficácia de toda a promessa contratual⁵³⁸. A regra da impossibilidade de os Estados de contestarem posteriormente o seu consentimento à arbitragem repousa, para alguns autores, na aplicação da proibição do *estoppel*⁵³⁹.

h) Princípio geral

Diversas sentenças arbitrais proferidas pela CCI⁵⁴⁰ fundamentam a inoponibilidade à contraparte das excepções baseadas no Direito interno do Estado na violação de um princípio geral de ordem pública internacional ou do comércio internacional⁵⁴¹. Conforme CHILLÓN MEDINA e MERINO MERCHÁN⁵⁴², “*la norma*

⁵³⁷ GUY KEUTGEN; GEORGES-ALBERT DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, Tome II, Bruxelles-Bruylant, 2012, pp. 784-785. “Ce principe du respect de l’engagement souscrit est rattaché selon les cas aux notions de bonne foi, d’abus de droit, de ‘venire contra factum proprium’ et au concept d’estoppel”; E. GAILLARD, “L’interdiction de se contredire au détriment d’autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l’estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes)”, in *Revue de l’arbitrage*, 1985, p. 241.

⁵³⁸ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, 1989, p. 162; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Colecção Teses, Almedina, 2001, p. 285.

⁵³⁹ PHILIPPE PINSOLLE, “Les applications du principe de l’interdiction de se contredire au détriment d’autrui en droit du commerce international”, in *L’interdiction de se contredire au détriment d’autrui*, actes du colloque du 13 janvier 2000, Economica, 2001, pp. 37 e 39.

⁵⁴⁰ Caso CCI n.º 1939, in *Revue de l’arbitrage*, 1973, pp. 122 e 145; *Journal de Droit International*, p. 1982, pp. 971 e 977; CCI n.º 2521, *Journal de Droit International*, 1976, p. 997, obs. Y. Derains; CCI n.º 4381, *Journal de Droit International*, 1986, p. 1102, obs. Y. Derains.

⁵⁴¹ In *Journal de Droit International*, 1984, p. 58; Veja-se também: BRUNO OPPETIT, “Arbitrage et contrats d’État, l’arbitrage *Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran*”, in *Journal de Droit International*, 1984, p. 37.

⁵⁴² CHILLÓN MEDINA; MERINO MERCHÁN, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, cit., p. 633, N. 998.

material así deducida ha sido, por lo general, aceptada por una amplia jurisprudencia, tanto arbitral como judicial, habiéndose extendido su radio de acción como principio jurídico verdaderamente internacional y pasado así a textos de Derecho positivo (Convenios internacionales y leyes nacionales)”.

Para o Professor BERNARD HANOTIAU⁵⁴³, a análise das sentenças arbitrais revelam que a validade da cláusula compromissória inserida num contrato internacional celebrado por um Estado ou organismo público baseado nos interesses e usos do comércio internacional constitui um princípio geral do Direito Transnacional ou uma regra de ordem pública internacional. E, para o Professor EMMANUEL GAILLARD⁵⁴⁴, trata-se de um princípio geral do Direito. Assim, sustenta que “*La règle selon laquelle un Etat ou une société nationale qui a accepté librement une convention d’arbitrage ne peut se retrancher derrière les dispositions de son propre droit pour se soustraire à son engagement fait l’objet, en droit comparé et dans la jurisprudence arbitrale, d’une acceptation si large qu’elle peut aisément être qualifiée de principe général de droit*”⁵⁴⁵.

3.4. Síntese comparativa e conclusiva

I. Três dos sistemas jurídicos analisados (suíço, português e espanhol) consagram nas suas legislações a regra da inoponibilidade pelo Estado de exceções baseadas no Direito interno. A mesma regra da inoponibilidade foi em França formulada em matéria internacional pela jurisprudência, traduzindo uma manifestação do *favor arbitrandum*⁵⁴⁶.

Nota-se que nas primeiras decisões do Tribunal de Cassação francês que referimos, a solução encontrada para vincular o Estado francês teve por justificação a salvaguarda dos interesses do comércio internacional. Com efeito, a proibição feita ao

⁵⁴³ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 905.

⁵⁴⁴ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international*, cit., p. 115.

⁵⁴⁵ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international* ..., p. 115; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de litígios com entes públicos*, cit., p. 36 : “(...) a arbitrabilidade dos litígios com entes públicos é encarada com razoável liberalismo, reflectindo a já aludida tendência de *favor arbitrandum*, aplicada aos litígios com entes públicos”.

⁵⁴⁶ ANNE-CAROLE CREMADES, “El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización”, in *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer España, 2011, pp. 40-41.

Estado de celebrar compromissos, prevista nos artigos 83.º e 1004.º do Código de Processo Civil francês, não se circunscrevia claramente aos contratos internos. Mas, o Tribunal de Cassação entendeu limitar tal proibição aos contratos internos, favorecendo a vinculação do Estado às convenções arbitrais que celebraria em contratos internacionais. No seu acórdão de 2 de Maio de 1966, afirma-se que “*Cette prohibition, édictée pour les contrats internes, n’est pas applicable à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce international*”⁵⁴⁷.

Aliás, houve quem pretendesse, já na altura, ver o Tribunal de Cassação consagrar um princípio de validade da cláusula compromissória nos contratos de carácter internacional⁵⁴⁸, o que veio a ser reconhecido pela jurisprudência francesa posteriormente, conforme vimos *supra*. ISMAIL SÉLIM recorre ao *favor arbitrandum* para sustentar a posição da jurisprudência francesa. Segundo ele: “*Afin d’assenir les échanges internationaux, les juridictions d’ordre judiciaire ont écarté, depuis fort longtemps, les restrictions du droit interne, en matière internationale. Cette solution in favorem arbitrandum fut imposée par l’ordre public international*”⁵⁴⁹.

II. Se analisarmos a questão do ponto de vista legislativo, observa-se, por exemplo, que o artigo 50.º da LAVP, quando se aplica nas arbitragens internacionais, vincula o Estado português ao ponto de lhe impedir a alegação da inarbitrabilidade, apesar da previsão normativa contrária sobre a matéria. Isto traduz uma manifestação *contra legem* do princípio do *favor arbitrandum*. Perante a validade ou invalidade da convenção de arbitragem, o legislador português entendeu favorecer a validade da convenção de arbitragem em que uma das partes seja o Estado, ainda que algumas disposições imperativas do seu Direito sejam neutralizadas. Obviamente, o legislador não se preocupou com a questão do reconhecimento e da execução da decisão arbitral resultante de uma arbitragem em que foi aplicado o artigo 50.º da LAVP.

⁵⁴⁷ Cass. 1re civ., 2 mai 1966, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 1967, pp. 553 e ss.

⁵⁴⁸ Veja-se: FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, cit., p. 341.

⁵⁴⁹ ISMAIL SÉLIM, *L’ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 299, N. 415.

III. A doutrina e jurisprudência internacional tendem a admitir a inoponibilidade à contraparte das exceções baseadas no Direito interno do Estado parte à convenção de arbitragem mesmo em situações excepcionais, v.g. verificando-se a falta de poderes de representação. No caso *Framatome*, a Organização de Energia Atômica de Irão (AEOI) alegava a falta de poderes do Presidente da Organização para celebrar uma convenção de arbitragem, ou delegar as suas competências a outros agentes nesta matéria, sem a autorização prévia do Conselho da Organização. O tribunal arbitral entendeu que as irregularidades, actos ou omissões cometidos eram imputáveis, do ponto de vista da “ortodoxia jurídica”, à própria Organização. Para o tribunal arbitral, a AEOI não podia prevalecer-se das irregularidades que lhe eram imputáveis para contestar a validade da cláusula compromissória manifestamente subscrita, com conhecimento e aprovação das mais altas Entidades do Estado iraniano⁵⁵⁰.

IV. Por fim, vários autores⁵⁵¹ defenderam que a regra prevista no artigo 177.º, n.º 2 da LDIP não resulta das exigências da boa-fé, uma vez que a mesma regra se aplica, ainda que a contraparte saiba de qualquer restrição legal à capacidade do Estado para celebrar convenções arbitrais. Trata-se, segundo o Professor PHILIPPE FOUCHARD⁵⁵², não de uma aplicação do princípio da boa-fé, mas de um método visando subtrair as questões de arbitrabilidade subjectiva e objectiva aos mecanismos conflituais clássicos. No mesmo sentido se pronunciaram LALIVE, POUDRET e REYMOND⁵⁵³, bem como o Tribunal Federal suíço⁵⁵⁴. Outrossim, uma autora⁵⁵⁵ considerou que, *summo rigore*, a boa-fé, a exigência de segurança jurídica, o princípio da coerência em matéria contratual, a rejeição da potestatividade ou o *estoppel* trazem alguma fundamentação à interdição feita aos Estados de contestar a sua capacidade

⁵⁵⁰ In *Journal de Droit International*, 1984, pp. 72-73.

⁵⁵¹ J.-F. POUDRET; S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 199, N. 234 ; *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 193, N. 236.

⁵⁵² FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, cit., p. 341.

⁵⁵³ P. LALIVE; J.-F. POUDRET; C. REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, Lausanne, 1989, p. 311; A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort s/ Main 1988, n.º 113; P. LALIVE e E. GAILLARD, “Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse”, in *Journal de Droit International*, 1989, p. 905.

⁵⁵⁴ Trib. féd., 23 juin 1992, in *Revue de l'arbitrage*, 1993, p. 691, note F. Knoepfler.

⁵⁵⁵ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 227.

arbitral. No entanto, analisados isoladamente, são insuficientes para justificar em Direito tal interdição. No fundo, sustenta a referida autora, é no princípio do *favor arbitrandum* que se deve encontrar a justificação dessa regra.

4. Admissão da cláusula arbitral por referência

Uma cláusula arbitral por referência é uma cláusula contida, não no contrato celebrado pelas partes, mas num documento distinto e, muitas vezes, pré-existente (condições contratuais gerais, contrato-tipo, regulamento de bolsa, condições de venda de um fornecedor, *etc.*), o qual prevê a obrigação de as partes sujeitarem à arbitragem os litígios resultantes do contrato⁵⁵⁶. A cláusula arbitral por referência levanta fundamentalmente a questão de saber a que condições tal referência preenche o requisito do consentimento das partes para considerá-la como parte integrante do contrato por elas celebrado.

4.1. Um tratamento *in favorem arbitrandum* da cláusula arbitral por referência na jurisprudência francesa⁵⁵⁷

Em França, a admissão da convenção de arbitragem por referência foi obra da jurisprudência⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ RENÉ DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, p. 278; J.-F. POUDRET; S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 175; J.-F. POUDRET; S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration* ..., p. 170, N. 213; "La clause compromissoire est dite par référence lorsqu'elle est contenue dans un document distinct et le plus souvent préexistant (conditions générales, contrat-type, règlements ...) auquel renvoie le contrat principal conclu entre les parties" (BRUNO OPPÉTIT, "La clause compromissoire par référence", in *Revue de l'arbitrage*, 1990, p. 551; LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, note sous Cass. I^{re} civ., 11 mai 2012, *Ekato*, in *Revue de l'arbitrage*, 2012, N.º 3, p. 563).

⁵⁵⁷ XAVIER BOUCOBZA, "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage international", in *Revue de l'arbitrage*, 1998, N.º 3, pp. 495-516; VERA VAN HOUTTE, "Consent to arbitration through agreements to printed contracts: the continental experience", in *Arb. Int.*, 2000, pp. 1-18; BRUNO OPPÉTIT, "La clause arbitrale par référence", in *Revue de l'arbitrage*, 1990, pp. 551-569; J.-F. POUDRET, "La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'art. 6 sur le Concordat sur l'arbitrage, Mélanges Guy Flattet, Lausanne, 1985, pp. 523-538; C. REYMOND, "La clause arbitrale par référence", in *Rec. Travaux Suisses sur l'arbitrage international*, pp. 85-98; A. SAMUEL, "Arbitration clauses incorporated by general reference and formal validity under article II (2) of the New York Convention", in *Études Jean-François Poudret*, pp. 505-518; L. HUBER, "Arbitration Clause 'by Reference'", *ASA Special Series n.º 8*, 1994, pp. 78 e ss. (em alemão).

⁵⁵⁸ VERA VAN HOUTTE, "Consent to arbitration through agreements to printed contracts: the continental experience", cit., p. 9.

1º *Bomar Oil I* (1989) – Obrigação de referir expressamente a existência da cláusula arbitral constante das condições gerais na convenção principal, salvo existindo relações comerciais habituais que assegurem um perfeito conhecimento das estipulações escritas das referidas condições

Num litígio que opôs a sociedade *Bomar Oil* (das Antilhas holandesas) e uma sociedade tunisina (ETAP)⁵⁵⁹, colocou-se ao Tribunal de Cassação francês a questão de saber se era válida uma cláusula compromissória incluída nas condições gerais contratuais de uma das partes, em relação às quais uma troca de telegramas fazia referência, sem que a referida cláusula fosse expressamente mencionada⁵⁶⁰. O Tribunal de Apelação de Paris havia aceitado a validade da cláusula compromissória inserida nas condições gerais contratuais, sem que a mesma fosse expressamente referida pelas partes. O Tribunal de Cassação francês anulou, em 11 de Outubro de 1989, o acórdão do Tribunal de Apelação com base no artigo II, n.ºs 1 e 2 da Convenção de Nova Iorque, uma vez que a existência da cláusula compromissória deve ser mencionada na convenção principal, salvo se existe entre as partes relações comerciais habituais que lhes asseguram um perfeito conhecimento das estipulações escritas regendo correntemente as suas relações comerciais⁵⁶¹.

Nos seus termos: “*Attendu (...) que si les textes susvisés n'excluent pas l'adoption d'une clause compromissoire par référence à un document qui la contient, encore faut-il – comme l'exigerait d'ailleurs la loi française – que l'existence de cette clause soit mentionnée dans la convention principale, sauf s'il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires qui leur assurent une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux*”.

Esta decisão do Tribunal de Cassação francês foi muito criticada pelo facto de o Tribunal ter recorrido à Convenção de Nova Iorque quando o mesmo só se aplica em sede de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira. No caso concreto, tratava-se de uma acção visando a anulação da decisão proferida no território

⁵⁵⁹ Paris, 20 janv. 1987, *Revue de l'arbitrage*, 1987, pp. 482 e ss, note C. Kessedjian; *Journal de Droit International*, 1987, p. 934, note E. Loquin; JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l'arbitrage*, cit., p. 197.

⁵⁶⁰ CATHERINE KESSEDJIAN, note sous Cass. 1re civ., 11 oct. 1989, *Bomar*, *Revue de l'arbitrage*, 1990, p. 136.

⁵⁶¹ CATHERINE KESSEDJIAN, note sous Cass. 1re civ., 11 oct. 1989, cit., p. 136.

francês, com base na lei processual francesa⁵⁶². Com efeito, a Convenção de Nova Iorque de 1958 não tem qualquer norma relativa à cláusula compromissória por referência. A Convenção limita-se a definir a “convenção escrita” como sendo “uma cláusula compromissória inserida num contrato (...) assinado pelas Partes ou inserido numa troca de cartas ou telegramas” (n.º 2 do Artigo II).

Em sede de aplicação da Convenção de Nova Iorque para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, surgiram divergências na doutrina e na jurisprudência sobre a aplicabilidade desta disposição às cláusulas compromissórias por referência. Para satisfazer o requisito da “inserção no contrato assinado pelas partes”, a cláusula por referência deveria ser objecto de uma remissão ou reenvio geral ou específico? VAN DEN BERG⁵⁶³, SANDERS⁵⁶⁴ e POUDRET⁵⁶⁵ defenderam a tese de um reenvio específico para a validade da cláusula compromissória nos termos da Convenção de Nova Iorque. Algumas jurisdições estaduais como o Tribunal federal suíço pronunciaram-se em sentido contrário⁵⁶⁶.

⁵⁶² CATHERINE KESSEDJIAN, note sous Cass. 1re civ., 11 oct. 1989, cit., p. 136.

⁵⁶³ ALBERT J. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention*, Kluwer, 1981, pp. 217 e ss..

⁵⁶⁴ PETER SANDERS, “Vingt années de la Convention de New York”, *Droit et pratique du commerce international*, 1979, pp. 359 e 379.

⁵⁶⁵ JEAN-FRANÇOIS POUDRET, “La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l’article 6 du Concordat sur l’arbitrage”, in *Mélange Guy Flattet*, B. Dutoit; J. Hofstetter et P. Piotet (eds.), Payot, Lausanne, 1985, p. 534.

⁵⁶⁶ Trib. Féd. Suisse, 7 fév. 1984, *Revue de l’arbitrage*, 1986, p. 589, note Budin et Henchoz; *Yearbook*, 1986, p. 532; Veja-se: FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, cit., p. 292, N. 494. Vejam-se as pertinentes observações de António Sampaio Caramelo: “A segunda categoria de situações aqui brevemente examinada, respeita às convenções de arbitragem por remissão para outros documentos contratuais. Trata-se dos casos em que as partes se vinculam a uma convenção de arbitragem incluída, não no contrato que celebram, mas noutro documento para o qual este remete e que pode ser um clausulado contratual geral, um contrato-tipo elaborado por uma associação empresarial, um anterior contrato celebrado entre as mesmas partes ou um contrato celebrado entre uma das partes e um terceiro. Se o contrato celebrado pelas partes for celebrado por escrito, conforme a previsão do artigo II (2) – o que implica que a referência nele incluída seja feita também por escrito – e se for escrito o documento contendo a convenção de arbitragem esta situação caberá, indubitavelmente, na letra daquele da CNI. Resolvida esta questão, não acabam, contudo os problemas atinentes a convenções de arbitragem deste modo formalizadas. Falta ainda determinar como deve ser feita a remissão para outro documento contratual, a fim de que a convenção de arbitragem assim celebrada possa considerar-se como conforme à exigência do Artigo II (2) da Convenção. Embora este ponto não seja pacífico, a maioria das opiniões dos comentadores e das decisões dos tribunais dos Estados Contratantes, respeitantes a este artigo da CNI, tem sido no sentido de esta questão ser resolvida através de interpretação uniforme do requisito de ‘forma escrita’ do Artigo II (2). Sendo a finalidade desta disposição assegurar que as partes tivessem consciência de que estavam a vincular-se à arbitragem, parece que o teste a aplicar para o efeito é verificar se o modo como essa referência (escrita) foi feita é suficiente para alertar uma parte razoavelmente prudente, para poder tomar conhecimento da convenção de arbitragem contida no documento para que se remeteu, visto que só nesse caso pode dizer-se que tal convenção foi concluída ‘por escrito’. Aplicando este teste ao caso de a referência ser feita especificamente para a convenção de arbitragem contida no documento para que se remete, o entendimento largamente dominante é de que se preenche então o requisito da ‘forma escrita’ do Artigo

2º *Bomar Oil II* (1993) – Possibilidade de não referir expressamente a existência da cláusula arbitral na convenção principal se se provar o conhecimento do teor do documento contendo a referida cláusula

Um segundo recurso, no mesmo caso *Bomar Oil*, permitiu ao Tribunal de Cassação francês emendar alguns aspectos da sua anterior decisão. O Tribunal abandonou a referência à Convenção de Nova Iorque que, na verdade, em matéria de cláusulas compromissórias por referência, nada dizia. O Tribunal, por acórdão datado de 9 de Novembro de 1993, estabeleceu uma regra material, e não conflitual, para a aferição da validade formal da cláusula compromissória por referência. Segundo o Tribunal, em matéria de arbitragem internacional, a cláusula compromissória por referência escrita a um documento que a contém, por exemplo, condições gerais ou contrato-tipo, é válida, na falta de menção na convenção principal, quando a parte contra quem a cláusula for oposta teve conhecimento do teor deste documento no momento da conclusão do contrato; no caso concreto, o Tribunal de Apelação, depois de ter examinado os telegramas trocados pelas partes, notou soberanamente que a sociedade Bomar Oil havia aceitado, sem a mínima reserva, as propostas da ETAP que se referiam formalmente ao seu contrato-modelo de que recebeu anteriormente uma cópia⁵⁶⁷.

II (2), mesmo que o documento para onde se remeteu não acompanhe o contrato que foi assinado pelas partes (ou que resultou da troca de cartas ou documentos equivalentes), visto que, nesse caso, se considera que a parte que recebeu o documento assinado terá sido suficientemente alertada para a existência da convenção de arbitragem. Se a referência para o documento que contém a convenção de arbitragem for genérica (*i.e.*, não feita especificamente para essa convenção), haverá ainda que distinguir. Caso a referência tenha sido feita para clausulados gerais impressos no verso do texto do contrato que contém essa referência, poderá entender-se, acompanhando a doutrina e jurisprudência maioritárias, que se preenche o requisito do Artigo II (2) da CNI – tal como o do n.º 4 do art. 2.º da LAV portuguesa. Se tiver sido feita para um documento completamente separado, parece dever entender-se, em princípio, acompanhando as decisões de muitos tribunais de Estados Contratantes, que tal referência genérica não é suficiente para preencher o requisito do dito Artigo II(2), salvo se houver entre as partes uma anterior relação de negócios no âmbito da qual os mesmos clausulados contratuais gerais já tivessem sido trocados, de modo que as partes pudessem e devessem ter conhecimento da cláusula arbitral neles contida; este entendimento também teve acolhimento em numerosas decisões de tribunais estaduais (ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, Almedina, 2016, pp. 44-46).

⁵⁶⁷ CATHERINE KESSEDJIAN, note sous Cass. 1re civ., 9 novembre 1993, *Bomar*, *Revue de l'arbitrage*, 1994, n.º 1, p. 110.

3º *Prodexport I e II* (1997, 2000) – Exigência do conhecimento da cláusula compromissória por referência no momento da conclusão do contrato e aceitação dessa referência ainda que por meio do silêncio.

O Tribunal de Cassação francês decidiu, por acórdãos de 3 de Junho de 1997 e 20 de Dezembro de 2000, que, em matéria de arbitragem internacional, a cláusula compromissória por referência a um documento que a estipule é válida quando a parte contra quem é oposta teve o seu conhecimento no momento da celebração do contrato e que aceitou essa referência, ainda que por meio do silêncio⁵⁶⁸. O Tribunal de Cassation francês manteve a mesma jurisprudência no caso *Ekato*⁵⁶⁹.

4.2. Direito positivo

Conforme referimos *supra*, a CNI não contém qualquer disposição que se refira expressamente às cláusulas compromissórias por referência. Valem as considerações tecidas na apreciação do caso *Bomar Oil I*. A Lei-Modelo já se refere à questão das cláusulas arbitrais por referência. Nos termos do seu n.º 6 do artigo 7.º: “*The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such to make that clause part of the contract*”. O problema reside na questão de saber quando é que uma referência é feita de modo a tornar a cláusula arbitral como parte do contrato principal.

Nos Direitos nacionais, podem ser distinguidas as situações que se seguem.

a) Legislações que não se referem ao modo como deve ser feita a remissão

I. No Direito brasileiro, o §1 do artigo 4.º da Lei da Arbitragem dispõe que a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. O texto brasileiro é

⁵⁶⁸ CECILE LEGROS, note sous Cass. 1re civ., 20 déc. 2000, *Prodexport*, *Revue de l'arbitrage*, 2003, N.º 4, p. 1343; J.-F. POUDRET; S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 184, N. 219.

⁵⁶⁹ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, “Maintien de la présomption d’acceptation de la clause compromissoire par référence dans l’arbitrage international”, note sous Cass. civ. 1re, 11 mai 2012, in *Revue de l'arbitrage*, 2012, N.º 3, pp. 563-568.

silencioso em relação ao modo como a referência à cláusula arbitral inserida em documento separado do próprio contrato deva ser feita. Referência genérica ou específica?

A doutrina aponta no sentido de se admitir uma referência genérica à cláusula arbitral contanto que se assegure suficientemente a vontade das partes em incorporar ao conteúdo do contrato, como uma cláusula a mais, a referente à arbitragem⁵⁷⁰. Não se admite a alegação do desconhecimento da existência de referida cláusula, por mais que ela esteja incluída em um contrato-tipo, que se remete em bloco ao particular celebrado entre as partes⁵⁷¹. Por exemplo, a recepção pela demandante da confirmação expedida pela demandada, que não nega o documento em que consta a cláusula arbitral, permite afirmar, sem circunlóquios, que teve conhecimento da referida cláusula e manifestou expressamente sua conformidade com as cláusulas que não alterou ou modificou⁵⁷².

II. Na Bélgica, o Código Judiciário não faz expressa referência à convenção de arbitragem por referência. A jurisprudência belga está firmada nesta matéria. Segundo uma sentença do Tribunal de grande instância de Bruxelas, de 4 de Novembro de 1992⁵⁷³, é admitido o recurso à arbitragem com base na cláusula arbitral constante das condições gerais, desde que não haja contestação a esse respeito. Segundo o Tribunal de Cassação belga⁵⁷⁴, as condições gerais são obrigatórias desde que as mesmas tenham sido claramente estipuladas e as partes tenham tomado conhecimento e aceitado o seu teor. Não é exigido o conhecimento efectivo, bastando que a parte em causa tenha estado em condições de tomar conhecimento dessas condições num momento anterior à conclusão do contrato.

III. Na Suíça, o Tribunal Federal admitiu, em 1984⁵⁷⁵, a cláusula arbitral por referência no caso *Tradax*, tendo considerado que é em função das circunstâncias do

⁵⁷⁰ SELMA FERREIRA LEMES, “A cláusula arbitral por referência e os contratos comerciais conexos”, p. 4; disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri01.pdf

⁵⁷¹ SELMA FERREIRA LEMES, “A cláusula arbitral por referência e os contratos comerciais conexos”, p. 4; disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri01.pdf

⁵⁷² SELMA FERREIRA LEMES, “A cláusula arbitral por referência e os contratos comerciais conexos”, p. 4; disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri01.pdf

⁵⁷³ In *Journal des Tribunaux*, 1992, p. 60.

⁵⁷⁴ Cass., 9 février 1973, *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1974, p. 192, note R. De Smet; Cass. 19 décembre 2011, *Pasicrisie*, 2011, I, p. 2813.

⁵⁷⁵ ATF 110 II 54, 59; Veja-se: G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 127, N. 231.

caso particular e na experiência das partes e dos usos do ramo que a validade dessa cláusula deveria ser apreciada⁵⁷⁶. O Tribunal não se pronunciou sobre o facto da oponibilidade da cláusula quando a remissão resultar de uma remissão genérica (*renvoi global*) às condições gerais ou for objecto de remissão específica (*renvoi spécifique*) na convenção principal⁵⁷⁷. A jurisprudência do Tribunal Federal suíço caracteriza-se por um liberalismo crescente⁵⁷⁸.

No caso *TAS*⁵⁷⁹ (31.10.1996), o Tribunal Federal suíço considerou que, em caso de remissão genérica aceite por escrito, o problema desloca-se da forma para o consentimento e faz imediatamente intervir o princípio da confiança⁵⁸⁰. Por conseguinte, o consentimento à arbitragem nos casos em que a remissão seja genérica deve ser apreciado com base no princípio da boa-fé. Por exemplo, uma parte que já tinha conhecimento da existência da cláusula compromissória no documento que o contrato principal referiu, nomeadamente por tê-lo usado no âmbito de um litígio anterior, é considerada como tendo aceite a arbitragem⁵⁸¹. O mesmo ocorre quando a arbitragem é usual no âmbito de relações entre comerciantes num determinado ramo, v.g. o comércio marítimo ou grandes projectos de construção⁵⁸². O Tribunal Federal suíço afirmou num acórdão de 16 de Outubro de 2003 que “o liberalismo que caracteriza a jurisprudência federal relativamente à forma da convenção de arbitragem em matéria da arbitragem internacional manifesta-se de igual modo na flexibilidade com que esta jurisprudência trata o problema da cláusula arbitral por referência”⁵⁸³.

⁵⁷⁶ Veja-se também: JEAN-MARIE VULLIEMIN, “La extensión de la cláusula arbitral a terceros: cláusula arbitral v. convenio arbitral”, in *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje*, 2009, pp. 53-70; CHRISTOPH MÜLLER, “Article 178 PILS”, cit., p. 68..

⁵⁷⁷ J.-F. POUDRET; S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 179, N. 216; J.-F. POUDRET; S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 172, N. 216; G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international*, cit., p. 127, N. 231. “Lorsque le document se réfère explicitement à la convention d'arbitrage contenue dans un autre document – on parle alors de *renvoi spécifique* – la convention entre les parties manifeste clairement la volonté de se soumettre à l'arbitrage (...). La solution est moins évidente lorsque les parties souscrivent un accord qui renvoie en termes généraux à un document contenant une clause d'arbitrage sans faire référence à cette dernière”.

⁵⁷⁸ G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 127, N.ºs. 232-233.

⁵⁷⁹ Arrêt 4C.44/1996 du 31 octobre 1996, consid. 2, Rec. TAS-I, pp. 577, 582; Veja-se: G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 127, N. 231.

⁵⁸⁰ “[E]n cas de renvoi global accepté par écrit le problème se déplace (...) de la forme au consentement et fait dès lors intervenir le principe de la confiance”.

⁵⁸¹ G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 128, N. 234.

⁵⁸² G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 128, N. 234.

⁵⁸³ In *Revue de l'arbitrage*, 2004, N.º 3, p. 705.

b) Legislações que dispõem sobre o modo de remissão da convenção arbitral

IV. No Direito angolano, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da LAV, considera-se celebrada por escrito a convenção inserida em qualquer documento assinado pelas partes ou em qualquer exemplar de correspondência trocada entre elas de que reste prova por escrito, nomeadamente meios de telecomunicação, quer esses instrumentos titulem directamente a convenção celebrada, quer remetam para outro documento escrito ou de que reste prova por escrito que contenha uma convenção de arbitragem. O legislador angolano admite a validade da convenção de arbitragem por referência. Resulta desta disposição legal que a validade dessa convenção arbitral decorre de uma remissão constante de um documento escrito e que a própria convenção arbitral deve ser escrita em algum documento. Admite-se, a nosso ver, uma remissão genérica para a convenção de arbitragem.

V. Em Portugal, a LAVP prevê que, sem prejuízo do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, vale como convenção de arbitragem a remissão feita num contrato para documento que contenha a cláusula compromissória, desde que tal contrato revista a forma escrita e a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo (n.º 4 do artigo 2.º). Exige-se que (i) a remissão seja feita para contrato celebrado em forma escrita e (ii) a remissão seja feita de modo a que essa cláusula seja parte integrante do mesmo contrato⁵⁸⁴. Segundo a Professora FRANÇA

⁵⁸⁴ No entanto, no caso *Royalties* (2003), o Supremo Tribunal de Justiça português (Ac. do STJ de 23 de Outubro de 2003, Proc. n.º 03B3145) havia decidido no sentido de se considerar inserido no contrato, por remissão, uma cláusula arbitral verbal dirigida a uma das sociedades do grupo. O cumprimento do requisito de forma acabou por se verificar apenas já na fase do litígio (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2015, pp. 177-178; outras considerações são aqui feitas por A. Menezes Cordeiro relativamente às cláusulas contratuais gerais. “Cláusulas contratuais gerais (ccg): comportam um regime adotado pelo DL 446/85, de 25-out., alterado pelo DL 220/95, de 31 de agosto e pelo DL 249/99, de 7 de jul., em nome da Diretriz 93/13, de 5-abr. Esse regime implica regras sobre a formação dos contratos por adesão, sobre a sua interpretação e integração e sobre o controlo judicial do seu conteúdo. Tudo isso tem aplicação nas convenções de arbitragem formadas por adesão, de acordo com a ressalva, útil mas não necessária, do 2º/4. De entre as diversas proibições, salientamos a do 19.º, g), do DL 446/85, que veda o estabelecimento de um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem: uma regra aplicável a tribunais arbitrais”. (A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado da arbitragem* ..., cit., p. 107). Para D. MOURA VICENTE, “São frequentes as situações em que um contrato individualmente negociado remete para um contrato-tipo elaborado por determinada associação empresarial, para um contrato anteriormente celebrado entre as mesmas partes ou para um contrato celebrado por uma das partes com um terceiro (por exemplo, um contrato de empreitada em que o cumprimento das obrigações do empreiteiro é garantido por uma instituição financeira através de uma garantia bancária ou de um seguro-caução; ou um contrato de fretamento de um navio celebrado por quem se obrigou a transportar determinadas mercadorias por mar), o qual é desse modo incorporado

GOUVEIA⁵⁸⁵, “é suficiente, face à lei portuguesa, um documento que remeta para uma convenção de arbitragem. Não se exige sequer que a remissão seja feita diretamente para a convenção de arbitragem, pelo que pode ser suficiente a remissão genérica para um contrato, desde que seja respeitada a forma escrita”⁵⁸⁶. No entanto, refere o carácter não unívoco da jurisprudência portuguesa em relação à exacta interpretação da incorporação por remissão⁵⁸⁷. Para M. ESTEVES DE OLIVEIRA e outros⁵⁸⁸, “a norma tem em vista sobretudo aqueles casos de contratos de adesão, de contratos *em massa*, em que se remete a resolução dos respectivos compromissos não propriamente para uma cláusula compromissória, como a lei refere – , desde logo, porque dela não consta a identificação da relação jurídica de raiz – , mas para um modelo ou cláusula-tipo que só fica perfeita, completa, com a sua integração no contrato”.

De acordo com SAMPAIO CAMELO⁵⁸⁹, o n.º 4 do artigo 2.º da LAVP, deve ser entendido da seguinte forma. O teste a aplicar consiste em verificar se o modo como a referência foi feita é suficiente para alertar uma parte razoavelmente prudente no sentido de tomar conhecimento da convenção de arbitragem contida no documento para que se remeteu. Se (i) a referência for específica para a convenção de arbitragem contida no documento para que se remete, ou se (ii) o documento para onde se remeteu acompanhar o contrato assinado pelas partes (ou que resultou da troca de cartas ou documentos equivalentes), fica preenchido o requisito do n.º 4 do artigo 2.º da LAVP⁵⁹⁰.

naquele. Quando os documentos contratuais para que for feita tal remissão contiverem uma convenção de arbitragem, levanta-se a questão de saber se a mesma vincula as partes. O n.º 4 admite expressamente a validade da convenção de arbitragem concluída nesses termos, contanto que o contrato em apreço revista a forma escrita e a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo. Acolhe-se assim a fórmula consignada no art. 7 (6), da Lei-Modelo, também recebida no §1031, n.º 3, da lei Alemã” [D. MOURA VICENTE, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, D. Moura Vicente (Coord.), 2ª ed., cit., p. 35].

⁵⁸⁵ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2015, p. 175.

⁵⁸⁶ Na vigência da anterior Lei da Arbitragem de 1986, o Professor Lima Pinheiro defendeu que a aceitação (da convenção de arbitragem) podia ser tácita desde que o facto concludente da aceitação observasse a forma escrita. Tal sucede “no caso de o destinatário da proposta fazer referência à convenção de arbitragem ou ao contrato em que ela está inserida em documento posterior. A aceitação oral expressa ou a aceitação tácita que não esteja vertida em documento não serão suficientes para que se possa concluir pela validade de uma convenção de arbitragem” (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 93).

⁵⁸⁷ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 175. Veja-se a jurisprudência citada: Casos Dação em Pagamento, Royalties e Unicre.

⁵⁸⁸ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, cit., p. 74.

⁵⁸⁹ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *O Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, cit., pp. 44-46.

⁵⁹⁰ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *O Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, cit., p. 45.

Se, pelo contrário, a referência para o documento que contém a convenção de arbitragem for genérica, duas hipóteses se apresentam: (i) a referência foi feita para clausulados gerais impressos no verso do texto do contrato que contém essa referência, e fica preenchido o requisito do n.º 4 do artigo 2.º; (ii) a referência foi feita para um documento completamente separado, tal referência genérica não é suficiente para preencher o requisito do n.º 4 do artigo 2.º⁵⁹¹.

O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de Julho de 2016⁵⁹², revogou uma decisão do Tribunal de primeira instância que havia considerado como ferida de nulidade, por não preencher o requisito de forma para a sua validade, a convenção de arbitragem constante de cláusulas contratuais gerais para as quais fazia remissão a apólice de seguro lavrada na sequência de uma adesão verbal ao contrato de seguro. O Tribunal da Relação discordou deste entendimento na medida em que “na falta de assinatura do contrato que contém a cláusula compromissória ou do compromisso, o decisivo é que a convenção de arbitragem conste de uma proposta escrita, que esta proposta seja aceite por escrito e que a aceitação seja comunicada ao proponente. A aceitação não tem de se referir especificamente à convenção de arbitragem, bastando a aceitação da proposta contratual no seu conjunto”. No caso em apreço, o corretor havia recebido, em nome e em representação do tomador do seguro, a apólice, as “Condições Gerais” e as “Condições Particulares”, e havia manifestado por escrito a sua “total concordância”.

VI. No Direito espanhol, nos termos do n.º 4 do artigo 9.º da *Ley de Arbitraje*: “*Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior*”. O Tribunal Superior de Justiça da Cataluña, em sentença datada de 16 de Maio de 2013, julgou que “*La distinción que se establece en dicho precepto entre el convenio arbitral como cláusula incorporada a un contrato y como acuerdo independiente, incide, consecuentemente, en la necesaria determinación de la relación jurídica que ha de expresar mediante la voluntad de las*

⁵⁹¹ ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *O Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, cit., p. 45.

⁵⁹² ARMINDO RIBEIRO MENDES; SOFIA RIBEIRO MENDES, “Crónica de Jurisprudência”, in *RIAC*, N.º 9, Almedina, 2016, pp. 252-253.

partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir”⁵⁹³.

VII. No Direito alemão, o n.º 3 do § 1031 do ZPO⁵⁹⁴ determina que a remissão feita num contrato que satisfaça a forma escrita, ou numa troca de documento entre as partes, ou ainda num documento enviado por terceiro a ambas as partes, a um documento que contém a cláusula compromissória, constitui uma cláusula compromissória, desde que em tal remissão se proceda de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do contrato⁵⁹⁵.

Segundo ROLF TRITTMANN e INKA HANEFELD⁵⁹⁶, o documento a que o contrato faz referência pode ser uma convenção arbitral separada, mas será mais frequentemente em forma de condições gerais que incluem uma cláusula arbitral. Segundo os referidos autores: *“It is common understanding that by virtue of § 1031 (3) ZPO, subject to the special provision in § 1031 (5) ZPO for consumers, an arbitration clause forming part of standard terms and conditions can be validly incorporated into the parties’ agreement by reference. The document must not necessarily be a separate document; the contract can also refer to standard terms and conditions printed on the backside of the contract”*⁵⁹⁷.

O Tribunal Regional Superior de Baviera⁵⁹⁸ conheceu do recurso de anulação contra uma sentença arbitral que admitiu a sua competência em relação a uma parte que celebrou um contrato que não continha nenhuma cláusula arbitral. O referido contrato remetia a questão da resolução dos litígios para um outro contrato que comportava uma

⁵⁹³ STSJ Cataluña [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 35/2013, 16 mayo (RJ 2013, 5394; *apud* IGNACIO ESTEBAN MONASTERIO; DAVID GARCÍA BARTOLOMÉ; GILBERTO PÉREZ DEL BLANCO; LAURA VÁSQUEZ GÓMEZ-ESCALONILLA, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 63.

⁵⁹⁴ § 1031 (Form of arbitration agreement):
“(3) The reference in a contract complying with the form requirements of subsection 1 or 2 to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the reference is such as to make that clause part of the contract”.

⁵⁹⁵ ROLF TRITTMANN; INKA HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1031 – Form of Arbitration”, in Patricia Nacimiento, Stefan Kroll, *et al.* (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, pp. 110-111.

⁵⁹⁶ ROLF TRITTMANN; INKA HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1031 – Form of Arbitration”, cit., p. 112.

⁵⁹⁷ ROLF TRITTMANN; INKA HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1031 – Form of Arbitration”, cit., p. 112.

⁵⁹⁸ In *Les cahiers de l’arbitrage*, Vol. III, 2006, pp. 437.

cláusula compromissória. O Tribunal, numa decisão datada de 13 de Novembro de 2003, confirmou a sentença arbitral, tendo considerado que a remissão era suficientemente clara para vincular essa parte.

VIII. No Direito inglês, nos termos do n.º 2 da Secção 6 do *Arbitration Act*: “*The reference in an agreement to a written form of arbitration clause or to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement if the reference is such as to make that clause part of the agreement*”. A discussão doutrinária no Direito inglês relativamente à questão das cláusulas arbitrais por referência gira em torno da interpretação que se deva dar à última parte do texto acima referido “*if the reference is such to make that clause part of the agreement*”.

Duas posições se confrontam nesta matéria. O Juiz RALPH GIBSON defende que uma referência em termos gerais pode ser suficiente para a incorporação da cláusula arbitral⁵⁹⁹. Por seu lado, SIR JOHN MEGAW defende que a incorporação da cláusula arbitral por referência requeria uma remissão expressa das partes⁶⁰⁰. Impera a posição de que a determinação sobre se a referência foi feita de modo a tornar a cláusula arbitral parte do acordo deve ser deixada à consideração dos tribunais⁶⁰¹. Assim, os tribunais ingleses consideraram, por exemplo no caso *Thomas v. Portsea*, que valem para a incorporação da cláusula arbitral quando esta for um contrato conexo com o contrato principal, v.g. “*this charter shall incorporate by reference all terms and conditions of the charter party*”⁶⁰².

IX. Nos Estados Unidos da América, o Tribunal de Apelação do 5º Circuito admitiu que um contrato possa validamente incorporar uma cláusula arbitral que se encontre num outro documento. No caso *R.J. O’Brien & Assoc. v. Pipkin* (7th Cir. 1995)⁶⁰³, foi decidido que “*A contract ... need not contain an explicit arbitration clause if it validly incorporates by reference an arbitration clause in another document*”. A

⁵⁹⁹ ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes* ..., cit., p. 610.

⁶⁰⁰ ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes* ..., cit., p. 610.

⁶⁰¹ ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes* ..., cit., p. 610.

⁶⁰² ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes* ..., cit., p. 610.

⁶⁰³ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 374.

mesma jurisprudência foi firmada nos casos *Gingiss Int'l Inc. v. Bormet* (7th Cir. 1995) e *Anagel Confidence Compania Naviera, SA* (1987)⁶⁰⁴.

4.3. Síntese comparativa e conclusiva

I. As diversas legislações que se referem à convenção de arbitragem por referência deixam praticamente aos tribunais a questão da determinação sobre se sim ou não a cláusula arbitral constante de um documento separado do contrato principal chegou ou não ao conhecimento da parte contra quem é invocada e se esta consentiu ou não à mesma. Trata-se de uma questão de facto que cabe aos árbitros pronunciarem-se.

O fundamento da validade da cláusula arbitral por referência na jurisprudência francesa encontra-se, sem dúvida, num dado puramente factual: em matéria internacional, a arbitragem constitui um modo normal de resolução de litígios, sendo o árbitro o juiz natural do comércio internacional⁶⁰⁵. Partindo desse pressuposto, a jurisprudência francesa admitiu que o formalismo não ocupasse um lugar central na aferição da validade da cláusula arbitral por referência. Apenas interessa saber se de algum modo as partes tomaram conhecimento e consentiram na arbitragem.

Na apreciação da efectividade do consentimento, o Tribunal de Cassação considerou que a parte contra quem a cláusula arbitral era invocada não podia simplesmente alegar o seu silêncio para se considerar não vinculada à mesma. O silêncio do destinatário vale como aceitação. Se não contestou a cláusula no momento do seu conhecimento, presume-se a sua aceitação⁶⁰⁶. Estabelece-se, pois, uma dupla presunção: (i) a referência à convenção de arbitragem faz presumir o conhecimento da cláusula pela contraparte; (ii) o silêncio da contraparte materializado em uma ausência de contestação vale como uma verdadeira presunção de consentimento à arbitragem⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 374-375.

⁶⁰⁵ CATHERINE KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, cit., p. 457: “L’arbitre est devenu ‘le juge naturel’ du droit du commerce international, ‘un rouage clé de la société marchande’, que les litiges concernent les transactions commerciales classiques ou l’investissement”.

⁶⁰⁶ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, “Maintien de la présomption d’acceptation de la clause compromissoire par référence dans l’arbitrage international”, note sous Cass. civ. 1re, 11 mai 2012, in *Revue de l’arbitrage*, 2012, N.º 3, p. 567; ANNE-CAROLE CREMADES, “El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización”, in *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer España, 2011, N.º 11, p. 42.

⁶⁰⁷ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, “Maintien de la présomption d’acceptation de la clause compromissoire par référence dans l’arbitrage international”, cit., p. 567.

No Direito francês, a afirmação dessa dupla presunção de conhecimento e de aceitação da convenção de arbitragem configura uma aplicação do *favor arbitrandum*⁶⁰⁸.

II. Para a doutrina francesa, a regra material do Direito francês para a validade da cláusula arbitral por referência aplica-se independentemente da localização da sede do tribunal arbitral. Desde que a arbitragem seja internacional, é aplicável, pouco importa que as partes a tenham sujeitado ao Direito francês ou estrangeiro⁶⁰⁹. Como bem resumiu uma autora⁶¹⁰: “*Les règles matérielles du droit français de l’arbitrage se moquent d’un quelconque critère de rattachement*”.

No fundo, o consentimento à arbitragem aparece como a única condição de eficácia da cláusula arbitral por referência⁶¹¹. Mas o que derroga o Direito comum das obrigações é o valor que o Tribunal de Cassação francês atribui ao silêncio. Sabe-se que no Direito civil o silêncio só tem valor jurídico quando tal resulte da lei, dos usos ou de uma convenção das partes. O silêncio não vale como aceitação por si só. “*Qui tacit, consentire videtur*” não se aplica em Direito civil⁶¹². No entanto, o Tribunal de Cassação francês afasta essa regra no Direito da Arbitragem. Presume-se a aceitação de quem não contestou a cláusula no momento em que é reputado ter tomado conhecimento da mesma⁶¹³. Verdadeiramente, há aqui uma presunção de consentimento à arbitragem. Para a doutrina, em matéria internacional, a arbitragem constitui o modo normal de resolução de litígios comerciais. Por conseguinte, a cláusula compromissória não tem carácter derogatório, sendo o árbitro juiz natural do comércio internacional⁶¹⁴.

⁶⁰⁸ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, “Maintien de la présomption d’acceptation de la clause compromissoire par référence dans l’arbitrage international”, cit., p. 568.

⁶⁰⁹ XAVIER BOUCOBZA, “La clause compromissoire par référence en matière d’arbitrage international”, cit., p. 495, n.º 8.

⁶¹⁰ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, “Maintien de la présomption d’acceptation de la clause compromissoire par référence dans l’arbitrage international”, cit., pp. 563-564.

⁶¹¹ XAVIER BOUCOBZA, “La clause compromissoire par référence en matière d’arbitrage international”, cit., pp. 495-516

⁶¹² LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, “Maintien de la présomption d’acceptation de la clause compromissoire par référence dans l’arbitrage international”, cit., p. 566.

⁶¹³ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, “Maintien de la présomption d’acceptation de la clause compromissoire par référence dans l’arbitrage international”, cit., p. 566.

⁶¹⁴ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, “Maintien de la présomption d’acceptation de la clause compromissoire par référence dans l’arbitrage international”, cit., p. 566; veja-se também: C. Paris (1re ch. C.), 25 janvier 2007: *Comptoir commercial Blideen c. Cam Cereales* – RG n.º 05-15.2009: “En matière d’arbitrage international, la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l’oppose en a eu connaissance au momento de la conclusion du contrat et qu’elle a, fût-ce par son silence, accepté cette référence”; *apud* ALEXY MOURRE; PRISCILLE

Para a Professora VAN DE CASTEELE⁶¹⁵, o regime jurídico da cláusula compromissória em França é uma ilustração do princípio normativo do *favor arbitrandum* que, ignorando as regras do Direito comum, estabelece regras adaptadas às necessidades dos operadores económicos. Na verdade, em matéria de admissibilidade da cláusula arbitral por referência, apenas conta o consentimento à arbitragem, o qual é apreciado *in favorem*.

De igual modo, ANNE-CAROLE CREMADES⁶¹⁶ situa a evolução da admissibilidade da cláusula arbitral por referência no Direito francês no âmbito das manifestações do *favor arbitrandum* que caracteriza o Direito francês.

PEDONE, “Sommaires de jurisprudence française”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexy Mourre (Dir.), Éditions A. Pedone, 2008, p. 570.

⁶¹⁵ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, “Maintien de la présomption d’acceptation de la clause compromissoire par référence dans l’arbitrage international”, cit., p. 568.

⁶¹⁶ ANNE-CAROLE CREMADES, “El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización” ..., p. 42.

Secção II

Manifestações relativas ao âmbito dos efeitos da convenção de arbitragem

Diferentemente das manifestações do *favor arbitrandum* relativas à validade da convenção de arbitragem, as relativas ao âmbito dos efeitos da convenção de arbitragem respeitam à extensão *ratione personae* (1) ou *ratione materiae* (2) da convenção de arbitragem.

1. Extensão *ratione personae* da convenção de arbitragem

1.1. Transmissão da convenção de arbitragem⁶¹⁷

A transmissão da convenção de arbitragem não levanta hoje, na doutrina internacional, problemas quanto à sua admissibilidade⁶¹⁸. Nem sempre foi esse o entendimento nos diversos ordenamentos jurídicos estaduais. Uma decisão inglesa de 1928, no caso *Cotton Club Estates Ltd v. Woodside Estates Co.*⁶¹⁹, atribuía à cláusula arbitral um carácter *intuitu personae*. Lê-se que “*The arbitration clause is a personal covenant, and cannot be transferred; nor indeed was it transferred in any sense in this case. The arbitration clause remained in full force and effect as between the original parties*”⁶²⁰.

⁶¹⁷ Sobre esta matéria, veja-se: LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., pp. 168-173.

⁶¹⁸ O Professor Miguel Teixeira de Sousa observa que “não tem uma qualidade jurídica distinta de qualquer das partes iniciais, não podem ser considerados terceiros para efeitos de intervenção os sucessores, *mortis causa* ou *inter vivos*, de qualquer das partes iniciais; não é por exemplo, terceiro aquele a quem foi cedido o crédito litigioso, nem aquele que assumiu, nomeadamente por cessão da posição contratual ou por assunção de dívida, a posição de qualquer das partes iniciais (Cf. Art. 424, n.º 1, e 595.º, n.º 1, CC). O mesmo pode ser dito quanto à sub-rogação pessoal, dado que o sub-rogado adquire, na medida da satisfação dada ao direito do credor, os poderes que a este competiam (art. 593.º, n.º, CC), bem como quanto à substituição processual do adquirente ou cessionário pelo transmitente ou cedente: ambos sob a mesma parte sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica, o que justifica a possibilidade de o adquirente se tornar parte no processo através de habilitação” (art. 271.º, n.º 1, CPC)” (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “A intervenção de terceiros no processo arbitral”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 5, Almedina, 2012, p. 157-158).

⁶¹⁹ [1928] 2 K.B. 463.

⁶²⁰ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 581.

a) Cessão de posição contratual

Com a cessão de posição contratual, dá-se uma sucessão em toda a posição contratual, isto é, “no conjunto de todas as posições activas e passivas emergentes de um contrato (relação contratual: créditos, débitos, direitos e deveres acessórios correspondentes, deveres de comportamento, direitos potestativos, sujeições, expectativas, ónus), mantendo-se a identidade da relação transmitida”⁶²¹. Não pode ser entendida como mera soma de duas figuras autónomas: cessão de créditos e assunção de dívidas; ou um conglomerado de direitos e obrigações⁶²².

Admite-se na doutrina e jurisprudência de diversos países estudados que, nos casos em que o contrato cedido contemple uma cláusula compromissória, o cessionário possa invocar esta cláusula para obrigar o cedido a colaborar na constituição de um tribunal arbitral visando dirimir os litígios entre ambos, ou inversamente⁶²³. A doutrina⁶²⁴ defende que, na medida em que o cessionário e o cedido tomaram conhecimento do conteúdo do contrato que foi objecto de cessão, não será possível contestar a competência do tribunal arbitral, por inexistência de convenção arbitral entre ambos. Na jurisprudência dos Estados Unidos da América, a cláusula arbitral pode ser transmitida por cessão (*assignment*), novação (*novation*), fusão (*merger*), sucessão universal (*universal succession*).

⁶²¹ CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Coimbra, 1970, p. 77; PAULO MOTA PINTO, “Transmissão da convenção de arbitragem”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, p. 870.

⁶²² PAULO MOTA PINTO, “Transmissão da convenção de arbitragem”, cit., p. 870.

⁶²³ PAULO MOTA PINTO, “Transmissão da convenção de arbitragem”, cit., p. 872.

⁶²⁴ PASCAL ANCEL, “Les effets des conventions d’arbitrage”, in *Guide pratique de l’arbitrage et de la médiation commerciale*, Editions du Juris-Classeur, 2004, pp. 32 e ss.; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. II, 7ª edição, Almedina, 2006, pp. 285 e ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2008, p. 94; CORREIA FERNANDES BARTOLOMEU, *Arbitragem Voluntária como Meio Extrajudicial de Resolução de Conflitos em Angola*, cit., p. 104; NADINE ABDALLAH-MARTIN, “L’extension et la transmission de la clause compromissoire: vers une *lex mediterranea*”, in *Vers une lex mediterranea de l’arbitrage – Pour un cadre commun de référence*, Filali Osman et Lotfi Chedly (Dir.), Bruylant, 2015, p. 133.

b) Cessão de créditos

Em matéria de cessão de créditos, coloca-se a questão de saber se se deve considerar a convenção de arbitragem acordada entre o credor e o devedor como sendo uma garantia ou um acessório do direito transmitido pelo cedente (credor) ao cessionário (“terceiro”). A doutrina⁶²⁵ admite que a cláusula compromissória inserida num contrato seja qualificada como acessório do contrato. Dois autores⁶²⁶ afirmam que “*Es sabido que los convenios de arbitraje pueden ser cedidos con el contrato principal, si este es cedible, y siempre que a ello no se oponga la ley rectora del convenio*”.

CARVALHO e GOUVEIA⁶²⁷ observam que uma convenção de arbitragem é, em si própria, um contrato, com efeitos activos e passivos para ambas as partes. Em consequência, não se pode fazer uma equiparação directa a um mero acessório de um direito, como se se tratasse tão só de uma posição activa. Feita esta ressalva, deve-se considerar válida a cláusula compromissória entre o cessionário e o cedido para fundar a competência do tribunal arbitral.

⁶²⁵ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A “autonomia” da cláusula compromissória e a competência da competência do tribunal arbitral”. Disponível em <http://www.oa.pt>; JORGE MORAIS CARVALHO; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Arbitragens Complexas: Questões Materiais e Processuais”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2011, p. 116; CARLA GONÇALVES BORGES; RICARDO NETO GALVÃO, “A extensão da Convenção de Arbitragem a Não Signatários”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2013, pp. 131 e ss; CORREIA FERNANDES BARTOLOMEU, *Arbitragem Voluntária como Meio Extrajudicial de Resolução de Conflitos em Angola*, cit., p. 104; NADINE ABDALLAH-MARTIN, “L’extension et la transmission de la clause compromissoire: vers une *lex mediterranea*”, in *Vers une lex mediterranea de l’arbitrage – Pour un cadre commun de référence*, Filali Osman et Lotfi Chedly (Dir.), Bruylant, 2015, pp. 134-135.

⁶²⁶ CHILLÓN MEDINA; MERINO MERCHÁN, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, cit., p. 969, N. 1163.

⁶²⁷ JORGE MORAIS CARVALHO; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Arbitragens Complexas: Questões Materiais e Processuais”, cit., p. 116; Na jurisprudência francesa, veja-se: Cass. 2^o civ., 20 déc. 2001, *Bull. civ. II*, n.º 198; Affaire n.º 7983, 1996, in *Collection of ICC Arbitral Awards*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 567 e ss (“De l’avis du Professeur Loquin, la transmission de la clause s’opère donc en cascade; elle est l’accessoire du droit d’action qui est lui-même un accessoire de la créance ...”).

c) Assunção de dívidas

A assunção de dívidas consiste no acto pelo qual um terceiro (assuntor) se vincula perante o credor a efectuar a prestação devida por outrem. A transmissão pode realizar-se de duas formas: por contrato entre o antigo e o novo devedor, ratificado pelo credor, ou por contrato entre o novo devedor e o credor, com ou sem consentimento do antigo devedor⁶²⁸. Com a transmissão singular de dívidas, mantêm-se as obrigações acessórias do antigo devedor, bem como as garantias do crédito. Não levanta objecções na doutrina a transmissibilidade da convenção de arbitragem na relação entre o terceiro (novo devedor) e o credor⁶²⁹.

d) Cessão de quotas

Quando um contrato de sociedade contém uma cláusula compromissória, é entendimento comum na doutrina de que a mesma continua a vincular o cedente após a perda da qualidade de sócio relativamente aos litígios resultantes da cessão das suas quotas⁶³⁰.

e) Cadeia de contratos translativos de propriedade

Quando se está em presença de diferentes contratos que operam a transmissão da propriedade de uma coisa, v.g., a mesma coisa é vendida sucessivamente a várias pessoas, o último adquirente, se ficar insatisfeito com a coisa, tem uma acção contratual em garantia ou responsabilidade por não conformidade da mesma, contra o seu próprio vendedor. Em diversos sistemas jurídicos⁶³¹, admite-se que o último adquirente tenha também o mesmo direito contra a pessoa a quem o seu próprio vendedor comprou a

⁶²⁸ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 831-832.

⁶²⁹ CARVALHO; GOUVEIA, “Arbitragens Complexas: Questões Materiais e Processuais”, cit., pp. 119-120.

⁶³⁰ Veja-se por exemplo a decisão do Tribunal Regional Superior de Baviera, 25 de Outubro de 2001, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Vol. II, Alexis Mourre (Dir.), Gazette du Palais – Édition Juillet 2004, p. 378.

⁶³¹ Em França: Cass. 1^{re} civ., 6 févr. 2001, in *Revue de l'arbitrage*, 2001, p. 765, note Cohen; *Contrats Concurrence Consommation*, 2001, p. 1135, note Leveneur; *Revue Trimestrielle de Droit Commerciale*, 2001, p. 413, note Loquin; *Juris-Classeur périodique (la Semaine Juridique)*, 2001, p. 1228, obs. D. Mainguy et J.-B. Seube. Veja-se também: Cour d'appel de Paris (1^{re} Ch. c.), 23 novembre 1999, *Sté Glencore Grain Rotterdam c/ Sté Afric.*, in *Revue de l'arbitrage*, 2000 – n.º 3, pp. 501 e ss.

coisa, remontando a cadeia dos intervenientes até chegar ao fabricante da coisa defeituosa.

A cláusula compromissória que figure no primeiro contrato de compra e venda é aplicável aos demais contratos celebrados pelos sucessivos intervenientes, sendo oponível, quer ao primeiro vendedor, quer ao último comprador. Em França, por exemplo, quer nos casos de cadeias de contratos de carácter homogéneo ou heterogéneo, o Tribunal de Cassação francês aprova a extensão da cláusula compromissória⁶³². O fundamento dessa transmissão, segundo o Tribunal de Cassação, radica no facto de a cláusula compromissória internacional transmitir-se com a acção contratual, salvo havendo razoável prova de ignorância da existência de tal cláusula⁶³³.

Refira-se neste ponto o caso *Peavy* (2001)⁶³⁴. Uma autoridade síria havia comprado 15 toneladas de milho a uma empresa francesa. No momento da entrega, a autoridade síria observou que o milho estava infestado por gorgulhos e recusou a mercadoria. O milho havia sido fornecido à empresa francesa por um fornecedor francês que havia comprado a mercadoria a uma empresa americana, a *Agrocom USA*, a qual por sua vez comprara o milho à empresa americana *Peavy*⁶³⁵. O contrato celebrado entre a *Agrocom* e a *Peavy* continha uma cláusula compromissória. A empresa francesa que havia vendido o milho à autoridade síria accionou perante os tribunais franceses todos os fornecedores e também a própria autoridade síria visando a rescisão do contrato de compra e venda e a responsabilização de todos os fornecedores pela má qualidade da mercadoria⁶³⁶.

Peavy alegou que os tribunais franceses não podiam exercer jurisdição sobre ela, pois o contrato por ela celebrado continha uma cláusula arbitral. O Tribunal de Apelação de Paris decidiu a favor da competência dos tribunais franceses, inclusive sobre a *Peavy*⁶³⁷. O Tribunal de Cassação francês reverteu a situação, decidindo que os tribunais franceses não tinham jurisdição sobre a *Peavy*, uma vez que esta havia

⁶³² DANIEL COHEN, “Chaîne de contrats et transmission de la clause d’arbitrage”, in *Revue de l’arbitrage*, 2001, n.º 4, p. 770.

⁶³³ DANIEL COHEN, “Chaîne de contrats et transmission de la clause d’arbitrage”, cit., p. 772.

⁶³⁴ *Peavy Company c. Organisme Général pour les Fourrages*, j. 06.02.01, in *Revue de l’arbitrage*, 2001, p. 765; veja-se também: Cass., 1re civ., 27 mars 2007: *Alcatel business systems (ABS) SA c. Amkor technology – Pourvoi n.º 04-20.842*; veja-se: ALEXY MOURRE; PRISCILLE PEDONE, “Sommaires de jurisprudence française”, Vol. IV, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexy Mourre (Dir.), Éditions A. Pedone, 2008, p. 572.

⁶³⁵ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, cit., p. 199.

⁶³⁶ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, cit., p. 199.

⁶³⁷ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, cit., p. 200.

celebrado uma convenção de arbitragem. Assim, o Tribunal de Cassação decidiu que as cláusulas arbitrais inseridas em contratos de compra e venda de mercadorias vinculam todos os subsequentes compradores da mercadoria, devendo os litígios entre compradores e vendedor inicial ser resolvidos por arbitragem⁶³⁸. Como salientam os Professores DOLINGER e TIBURCIO⁶³⁹: “verifica-se aqui a aplicação do *favor arbitratis* de forma ampla e ilimitada”.

e) Conclusão

I. Existirá paradoxo em afirmar, por um lado, a autonomia da cláusula compromissória e, por outro, o carácter acessório da cláusula compromissória inserida num contrato para justificar a sua transmissibilidade automática em casos de cessão de posição contratual, cessão de créditos ou de vendas sucessivas? Qual o fundamento jurídico da transmissibilidade automática da convenção de arbitragem? A questão é debatida. Um autor francês⁶⁴⁰ considera que as soluções dadas à transmissibilidade automática da convenção de arbitragem constituem uma “gaguez do espírito” (“*un bégaiement de l’esprit*”).

II. Um primeiro fundamento voluntarista foi admitido pela doutrina para justificar a transmissão automática da convenção de arbitragem. A dimensão jurisdicional da convenção de arbitragem justificaria a sua autonomia e a sua natureza contratual, o seu carácter acessório, e por conseguinte, a sua transmissibilidade⁶⁴¹.

Um segundo fundamento da transmissibilidade automática da convenção de arbitragem foi encontrado no próprio carácter acessório da convenção de arbitragem em relação ao contrato principal. Esta solução sempre suscitou interrogações quanto à sua compatibilidade com a ideia da autonomia⁶⁴².

Um terceiro fundamento baseia-se na ideia de a convenção de arbitragem, nas operações que impliquem uma transmissão de direitos, constituir um acessório de

⁶³⁸ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado* ..., cit., p. 200.

⁶³⁹ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado* ..., cit., pp. 199-200.

⁶⁴⁰ VINCENT HEUZÉ, “Arbitrage international: quelle raison à la déraison”, in *D.* 2011, p. 2880.

⁶⁴¹ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉROME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., pp. 225, N. 205.

⁶⁴² CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉROME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 226, N. 206.

segundo grau⁶⁴³. A convenção de arbitragem é transmitida enquanto acessório do direito à acção que, por sua vez, constitui um acessório do direito substancial transmitido (v.g. o direito de crédito)⁶⁴⁴. Sendo, por conseguinte, um acessório de um acessório, a convenção de arbitragem segue necessariamente o direito substancial transmitido.

Um quarto fundamento radicaria numa política jurídica que visa a eficácia da convenção de arbitragem. A independência permite assegurar a validade da cláusula compromissória e a sua “integração” no contrato principal tem por objectivo reforçar os seus efeitos⁶⁴⁵. A contradição racional que existe em afirmar, por um lado, a autonomia da cláusula compromissória e, por outro, a sua integração no contrato principal e consequente transmissão em casos de cessão contratual ou de créditos assenta no carácter acessório do direito de acção⁶⁴⁶, e apenas encontraria satisfatoriamente um fundamento objectivo numa política jurídica de maior eficácia da convenção de arbitragem⁶⁴⁷.

III. Se o princípio da autonomia da cláusula compromissória impedisse a transmissão da convenção de arbitragem, actuaria certamente *in defavorem arbitrandum*. Não é o caso. Quer a autonomia da cláusula compromissória, quer a sua transmissibilidade automática podem encontrar um firme fundamento no princípio do *favor arbitrandum*⁶⁴⁸.

⁶⁴³ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉROME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 226, N. 206.

⁶⁴⁴ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉROME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., pp. 223-224, N. 203.

⁶⁴⁵ HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, note sous Paris, 1re Ch. Suppl. 26 mars 1991, in *Revue de l'arbitrage*, N.º 3, 1991, p. 466.

⁶⁴⁶ CATHERINE KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, cit., p. 467.

⁶⁴⁷ JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l'arbitrage*, cit., p. 259; LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 262, N. 289: “(...) il semble bien que l’emprunte du principe de faveur pour le consentement à l’arbitrage est ici patente: dès lors que le non signataire n’a pas dénoncé la clause d’arbitrage, il est présumé y avoir consenti. Le principe de faveur instaure une double présomption de connaissance et d’acceptation de la clause compromissoire fondée sur l’implication du non signataire dans l’exécution du contrat contenant la clause”; LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 274: “Le caractère accessoire, comme le caractère autonome, ne sont que les manifestations d’un principe fondamental de l’arbitrage: le principe de faveur pour le consentement à l’arbitrage”.

⁶⁴⁸ ANNE-CAROLE CREMADES, “El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización”, in *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer España, 2011, N.º 11, p. 42.

A única condição necessária para a transmissão da convenção da arbitragem é o carácter translativo da operação jurídica. Não é necessário o consentimento do cessionário⁶⁴⁹. Este último não poderá alegar nem a falta de consentimento, nem a falta de conhecimento da cláusula no momento da cessão⁶⁵⁰. Não é, em princípio, atendível o argumento relativo ao carácter *intuitu personae* da convenção arbitral⁶⁵¹. Por fim, não é relevante a irregularidade da transmissão do contrato principal⁶⁵².

Tal é, por exemplo, o ensinamento do acórdão do Tribunal de Cassação francês de 28 de Maio de 2002⁶⁵³, nos termos do qual se afirmou que “*En matière internationale, la clause d’arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels*”. O que leva DANIEL COHEN⁶⁵⁴ a constatar a possibilidade de existência de uma cláusula sem contrato (“*clause sans contrat*”). Esta solução inspira-se claramente, não nas regras do Direito das Obrigações, mas nos princípios próprios da arbitragem, nomeadamente o princípio do *favor arbitrandum*⁶⁵⁵.

Para a Professora VAN DE CASTEELE⁶⁵⁶: “*le caractère accessoire comme le caractère autonome, ne sont que les manifestations d’un principe fondamental de l’arbitrage: le principe de faveur pour le consentement à l’arbitrage. Loin de s’opposer, les deux notions coexistent harmonieusement dès qu’on les examine à la lumière du principe de faveur*”.

E o Professor LOÏC CADIET⁶⁵⁷, numa publicação em espanhol, conclui que “*la ‘favor arbitrandum’ [del derecho frances] se aplica igualmente en la consolidación de la eficacia de la cláusula compromisoria que está por encima de las únicas partes que*

⁶⁴⁹ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 267.

⁶⁵⁰ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 275.

⁶⁵¹ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 268.

⁶⁵² LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 279.

⁶⁵³ Cass. 1re civ. 28 mai 2002, *CIMAT*, *Rev. arb.*, 2003, p. 397, note D. Cohen.

⁶⁵⁴ DANIEL COHEN, note s/s Cass. 1re civ., 28 mai 2002, *CIMAT*, *Rev. arb.*, 2003, p. 397, spéc. p. 401.

⁶⁵⁵ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 281.

⁶⁵⁶ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 274.

⁶⁵⁷ Disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true

la han firmado. La cláusula compromisoria circula fácilmente con el contrato que le sirve de soporte. En el caso, en adelante, en los trasposos de contratos, los trasposos de créditos, la sustitución de personas en la relación de obligaciones, como por ejemplo, en la sustitución de un mandatario, la subrogación personal, la estipulación para el prójimo y también las cadenas de contratos”.

Conforme refere o Professor JEAN-BAPTISTE RACINE⁶⁵⁸, a transmissão da convenção de arbitragem configura situações de multiplicação da convenção de arbitragem. Tal como pode ocorrer num caso de cessão de créditos em que a convenção de arbitragem vai surtir efeitos entre o cedente e o cessionário, e aplicar-se-á entre o cedente e o cedido⁶⁵⁹. Trata-se de um verdadeiro fenómeno mitótico. Transparece nessa operação jurídica um favorecimento em relação ao consentimento à arbitragem⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l'arbitrage*, cit., p. 259.

⁶⁵⁹ Veja-se também: MARIE-LAURE NIBOYET, “La transmission automatique de la clause d'arbitrage: ultime conséquence du principe de l'autonomie de l'accord compromissoire?”, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Vol. II, Gazette du Palais, Édition Juillet 2004, p. 72: “Sur le fondement de la transmission de l'accord compromissoire, deux conceptions s'opposent. Selon une première analyse, la transmission de la convention d'arbitrage est la résultante d'une manifestation de volonté des parties, expresse ou implicite, voire présumée (voir MM. Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1997, n.º 709). D'un autre point de vue, la transmission découle automatiquement du caractère accessoire de la clause d'arbitrage par rapport au contrat principal, l'accessoire suivant nécessairement le sort du contrat principal (voir E. Loquin ...)”; HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, note sous Paris, 1re Ch. Suppl. 26 mars 1991, in *Revue de l'arbitrage*, N.º 3, 1991, p. 466: “Il faut (...) remarquer qu'il y a un certain illogisme à invoquer le fait que la clause compromissoire s'intègre au contrat et, en même temps, à proclamer l'indépendance de cette clause par rapport à ce même contrat. Cette notion d'intégration est ancienne et a souvent été utilisée par la jurisprudence pour justifier l'opposabilité de la clause au cessionnaire du contrat [...]. On trouve le même phénomène pour les clauses attributives de juridiction: tout en admettant de plus en plus une certaine autonomie de la clause par rapport au contrat principal, la Cour de cassation s'appuie sur ce que la clause ‘fait partie de l'économie générale de la convention’ pour justifier son opposabilité au cessionnaire du contrat”.

⁶⁶⁰ MARIE-LAURE NIBOYET, “La transmission automatique de la clause d'arbitrage: ultime conséquence du principe de l'autonomie de l'accord compromissoire?”, cit., p. 73; LOUIS DEGOS, note sous Cass. com., 9 avril 2002, *Toulouzy*, in *Dalloz*, 2003, pp. 1117 e 1122.

1.2. Extensão da convenção de arbitragem a partes não signatárias no âmbito de grupos de sociedades

A questão da extensão da cláusula compromissória celebrada por uma sociedade a outras sociedades de um mesmo grupo é um campo de expressão do favor arbitral. A existência de um acordo das partes para submeter qualquer litígio entre elas à arbitragem é a pedra angular da arbitragem comercial internacional contemporânea⁶⁶¹. O Professor CHARLES JARROSSON⁶⁶² exemplifica a problemática da extensão da convenção de arbitragem às sociedades do mesmo grupo com a seguinte alegoria: “Trata-se da história de uma mãe e das suas filhas. Só uma delas concluiu uma convenção de arbitragem, mas todas questionam se a mãe, a filha ou a irmã pode accionar a cláusula a seu favor, ou se corre o risco de lhe ser oposta a referida cláusula por um terceiro”⁶⁶³.

1.2.1. Jurisprudência estadual

I. Em França, a teoria da extensão da cláusula arbitral a não signatários conheceu uma evolução jurisprudencial espectacular.

1º Presunção de consentimento resultante do simples conhecimento da cláusula arbitral para justificar a extensão da cláusula arbitral ao não-signatário⁶⁶⁴.

A questão da extensão da cláusula arbitral celebrada por uma das sociedades do grupo a outras surgiu no caso *Dow Chemical*. *Dow Chemical*⁶⁶⁵ é uma sociedade

⁶⁶¹ Veja-se: ALAN REDFERN; MARTIN HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, 2ème édition, LGDJ, 1994, p. 3.

⁶⁶² Veja-se: DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado...*, cit., pp. 186 e ss; veja-se : DÁNIEL BÁN; LÁSZLÓ KECSKÉS, “Changing aspects of unsigned arbitration agreements”, in *CYarb Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*, Vol. II, Juris, 2012, p. 107.

⁶⁶³ Tradução livre.

⁶⁶⁴ Veja-se: LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., pp. 174-175; FERNANDA SCALETSCY, “A teoria dos grupos societários e a extensão da cláusula compromissória a Partes Não signatárias”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2015, Vol. XII, Issue 46, pp. 20-47, spéc. p. 33: “(...) a jurisprudência arbitral que permite a extensão dos efeitos de uma convenção arbitral a terceiros não signatários está, em verdade, afirmando a validade e a eficácia do consentimento tácito”.

⁶⁶⁵ *Dow Chemical*, CCI n.º 4131, *Journal de Droit International*, 1983, p. 899; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 198-200; NADINE ABDALLAH-MARTIN, “L’extension et la transmission de la clause compromissoire: vers une *lex mediterranea*”, cit., pp. 126-127.

multinacional que integra várias empresas. A *Dow Chemical Internacional S.A.* (sociedade mãe) tem a sua sede social em Caracas (Venezuela). Em 1 de Outubro de 1965, *Dow Chemical A.G.* (Zurich), filial da *Dow Chemical Company* (USA) celebrou um “Contrato de distribuição” com o grupo Isover-Saint-Gobain, visando a comercialização de produtos de isolamento térmico. Nos dias 9, 21 e 31 de Julho de 1968, um segundo “Contrato de distribuição” é celebrado entre *Dow Chemical Europe S.A.* (Zurich), filial de *Dow Chemical A.G.* (Zurich) e o grupo Isover-Saint-Gobain. Em suma, por meio de dois contratos sucessivos, a filial *Dow Chemical A.G.* (Zurich) e a sub-filial *Dow Chemical Europe S.A.* do grupo americano *Dow Chemical Company* (USA) confiaram a três sociedades do grupo Isover-Saint-Gobain a distribuição em França de diversos produtos de isolamento térmico. O contrato de distribuição de 1965 previa no seu artigo 10.º que a entrega de produtos ao distribuidor poderia ser efectuada através da *Dow Chemical France*. Os dois contratos continham uma cláusula de arbitragem CCI. Tendo surgido problemas na execução desses contratos, um requerimento para a arbitragem CCI foi introduzido conjuntamente pelas filiais do grupo americano *Dow Chemical*: *Dow Chemical A.G.* (Zurich) e *Dow Chemical Europe S.A.*, pelo próprio grupo americano e pela *Dow Chemical France* contra o grupo Isover-Saint-Gobain. Consequentemente, a *Dow Chemical Company* (USA) e a *Dow Chemical France* invocaram a seu favor uma cláusula compromissória celebrada formalmente por duas empresas do mesmo grupo (*Dow Chemical A.G.* Zurich e *Dow Chemical Europe S.A.*). O tribunal arbitral presidido pelo Professor PIETER SANDERS admitiu a sua competência por sentença interlocutória datada de 23 de Setembro de 1982, e considerou que um grupo de sociedades possui, apesar da personalidade distinta de cada uma das sociedades integrantes, uma realidade económica única a ser tida em conta. Em particular, a cláusula compromissória expressamente aceite por algumas sociedades do grupo deve obrigar as outras sociedades do mesmo grupo que intervieram na conclusão, execução ou rescisão dos contratos⁶⁶⁶.

⁶⁶⁶ JORGE MORAIS CARVALHO; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Arbitragens Complexas: Questões Materiais e Processuais”, cit., p. 132; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral”, in *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2010, p. 195; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “A Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral”, cit., p. 163; BORGES; GALVÃO, “A extensão da Convenção de Arbitragem a Não Signatários”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2013, p. 131; LUÍS OLAVO BAPTISTA, *Arbitragem Comercial e Internacional*, cit., p. 120; NIGEL BLACKABY; CONSTANTINE PARTASIDES, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th edition, cit., pp. 85-86.

O tribunal arbitral decidiu que “A cláusula compromissória expressamente aceite por determinadas sociedades do grupo deve vincular as demais sociedades que, em virtude do papel que tiveram na conclusão, na execução ou na rescisão dos contratos que contêm as referidas cláusulas e, de acordo com a vontade comum de todas as partes do procedimento, aparentem ter sido verdadeiras partes nos contratos, ou tenham estado consideravelmente envolvidas pelos mesmos e pelos litígios que deles possam resultar”⁶⁶⁷. Para o tribunal arbitral, o papel de relevo que o não-signatário desempenha na conclusão, execução ou cessação do contrato principal faz presumir o seu consentimento a estar vinculado à convenção de arbitragem. Tendo uma das partes requerido a anulação da decisão arbitral junto do Tribunal de Apelação de Paris⁶⁶⁸, este rejeitou tal pedido. Para o Tribunal de Apelação: “*Par une interprétation souveraine des conventions (...) et des documents échangés lors de leur négociation et de leur résiliation, les arbitres ont jugé, au terme d’une motivation pertinente et exempte de contradiction, que, suivant la volonté commune de toutes les sociétés intéressées, les sociétés Dow Chemical France et Dow Chemical Company avaient été parties à ces conventions bien que ne les ayant pas matériellement signées, et que la clause compromissoire leur était dès lors applicable*”.

O Tribunal de Apelação procurou no seu acórdão justificar a extensão da cláusula arbitral à sociedade não-signatária com a vontade implícita de todas as partes, ou seja, com o seu presumível consentimento. O Tribunal de Apelação de Paris, baseando-se na jurisprudência do Tribunal de Cassação decidiu no caso *Korsnas*, por acórdão de 30 de Novembro de 1988⁶⁶⁹ que: “*La clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d’en étendre l’application aux parties directement impliquées dans l’exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu’il est établi qu’elles ont eu connaissance de l’existence et de la portée de la clause d’arbitrage, bien qu’elles n’aient pas été signataires du contrat la stipulant*”. Na verdade, do simples

⁶⁶⁷ “[L]a clause compromissoire expressément acceptée par certaines des sociétés du groupe, doit lier les autres sociétés qui par leur rôle qu’elles ont joué dans la conclusion, l’exécution ou la résiliation des contrats contenant les dites clauses apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure, comme ayant été de véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées, au premier chef, par ceux-ci et par les litiges qui en peuvent découler”.

⁶⁶⁸ 21 oct. 1983, *Revue de l’arbitrage*, 1984, p. 98, note A. Chapelle.

⁶⁶⁹ CA Paris, 30 nov. 1988, *Korsnas*, *Revue de l’arbitrage*, 1989, p. 69, note P.-Y. Tschanz.

conhecimento da cláusula presume-se a vontade de adesão à convenção de arbitragem por parte do não-signatário.

2º Dupla presunção: de conhecimento e de aceitação da cláusula compromissória para fundamentar a sua extensão

Os tribunais franceses elaboraram, numa segunda fase, uma dupla presunção de conhecimento e de aceitação da cláusula compromissória para justificar a sua extensão a não-signatários. No caso *Jaguar*⁶⁷⁰, o Tribunal de Apelação de Paris precisa ainda mais a sua jurisprudência, ao afirmar que “*Dans le droit de l’arbitrage international, les effets de la clause compromissoire s’étendent aux parties directement impliquées dans l’exécution du contrat dès lors que leur situation et leurs activités font présumer qu’elles avaient connaissance de l’existence et de la portée de cette clause*”.

3º Presunção de aceitação exclusivamente baseada no envolvimento do não-signatário na execução do contrato – abandono do método subjectivo da procura de indícios que revelem o efectivo conhecimento e o consentimento tácito do não-signatário⁶⁷¹.

Um passo importante é dado pela jurisprudência francesa, caracterizada pelo seu pragmatismo, com a afirmação de uma presunção de aceitação fundamentada na participação do não-signatário da convenção de arbitragem na execução do contrato. Trata-se de uma abordagem puramente objectiva e que deixa de lado a aferição do efectivo conhecimento ou de qualquer consentimento tácito por parte do não-signatário. Assim, o Tribunal de Cassação francês decidiu, no caso *Roger*⁶⁷², por acórdão de 11 de Julho de 2006, que “*L’arrêt qui constate qu’une société est intervenue dans l’exécution d’un contrat avec l’accord de l’un des contractants en déduit à bon droit que la clause*

⁶⁷⁰ CA Paris, 7 déc. 1994, *Jaguar*, *Revue de l’arbitrage*, 1996, p. 265, note Ch. Jarrosson; *RTD com.*, 1995, p. 401, obs. É. Loquin.

⁶⁷¹ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉROME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, cit., p. 642, N. 713.

⁶⁷² Cass. 1re civ., 11 juillet 2006, *Société Roger Albert Distribution*, *Bull. Civ.*, I, n.º 367; *JCP*, 2006, I, 187, obs. Ch. Seraglini; *D.* 2006, pan. 3028, obs. Th. Clay; Cass. 1ère civ. (from. restr.), 11 juillet 2006: *Roger Albert distribution c. BAT* – Pourvoi n.º 03-11.768 – Rejet de C. Fort-de-France, 20 décembre 2002; *apud* ALEXY MOURRE; PRISCILLE PEDONE, “Sommaires de jurisprudence française”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Vol. IV, Alexy Mourre (Dir.), Éditions A. Pedone, 2008, p. 560.

d'arbitrage était applicable". O mesmo Tribunal de Cassação, no caso *ABS*⁶⁷³, afirmou que "*L'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et des litiges qui peuvent en résulter*". Na mesma linha, o Tribunal de Apelação de Paris, no caso *Suba France*⁶⁷⁴, decidiu que "*The arbitral clause in an international contract has a validity of its own which commands to extend its application to the parties directly involved in the performance of the contract and the disputes that may arise out of it*". A extensão baseia-se hoje, no Direito francês, na presunção do conhecimento da cláusula arbitral por todas as entidades envolvidas activamente na execução do contrato⁶⁷⁵.

II. Em Angola, inexistente jurisprudência a respeito da problemática da extensão da cláusula arbitral a não signatários que possa seguramente fornecer resposta à mesma. Uma eventual decisão de um tribunal arbitral em Angola, no sentido de estender a convenção de arbitragem no contexto de grupo de sociedades, será obviamente muito arriscada. Tendo em conta a natureza contratual da arbitragem, a sociedade a quem se pretende "estender" a cláusula arbitral poderá contestar tal facto, invocando a falta do seu consentimento à arbitragem. No entanto, somos de opinião que o princípio do *favor arbitrandum* pode servir de fundamento à tal extensão, tendo-se verificado a participação da sociedade não signatária nas negociações ou na execução do contrato em causa.

No caso *De Beers vs. Endiama* (2001)⁶⁷⁶, a requerente *De Beers* quis vincular o Estado angolano a um contrato que assinou com a Empresa Nacional de Diamantes

⁶⁷³ Cass. 1re civ., 27 mars 2007, *Alcatel Business System (ABS), D.*, 2007, p. 2077, note S. Bollée; *JDI*, 2007, p. 968, note C. Legros; veja-se: C. Versailles (12e sect. 2), 15 septembre 2005: *Flakt Solyvent c. ABB – RG 05/02131*, in: ALEXY MOURRE; PRISCILLE PEDONE, "Sommaires de jurisprudence française", in *Les cahiers de l'arbitrage*, Alexy Mourre (Dir.), Éditions A. Pedone, 2008, p. 552.

⁶⁷⁴ JÉRÔME BARBET, "Extension des effets de la clause compromissoire à des parties non signataires du contrat: les juridictions françaises persistent ... et signent", in *Petites Affiches*, 12 August 2009, No 160, p. 10.

⁶⁷⁵ ROMAIN DUPEYRE, Note: "*Sprecher Berrier & Partners FZ CO v. Hirvalon Finance LTD and Gladinon Invest LTD, Court of Appeal of Paris, 26 February 2013*", in *International Journal of Arab Arbitration*, 2014, Vol. 6 Issue 4, pp. 75-76. "The extension is nowadays grounded on a presumption of knowledge of the arbitration clause by all entities actively involved in the performance of the contract containing the clause, especially in certain industries where the stipulation of such as clause is customary (charterparties, international construction contracts, international joint ventures, distribution contracts, etc.). The case law, which began by requiring a consent, at least implied, to extend the arbitration agreement to non-signatories, therefore subsequently shifted to a more liberal approach where the consent or even the will of the non-signatories was no longer required, save for the will to be involved in a contractual relationship to which it was not a party".

⁶⁷⁶ Descrito em <http://noticias.uol.com.br/ultnot/lusa/2004/06/21/ult611u45240.jhtm>

(Endiama). O tribunal arbitral recusou-se a seguir a argumentação da requerente, considerando que “a requerente é uma organização internacional sofisticada, com considerável conhecimento e experiência de Angola, pelo que o tribunal arbitral não aceita que tivesse ocorrido qualquer confusão por parte da requerente entre a Endiama e a República de Angola”. O tribunal arbitral recordou que a figura jurídica da ‘representação aparente’ implicava a existência de uma forma de abuso, concluindo que “não foi provada pela requerente a ocorrência de qualquer abuso de direito ou a ausência de boa-fé”⁶⁷⁷.

III. Em Portugal, tanto o Tribunal da Relação de Lisboa como o Supremo Tribunal de Justiça negaram a extensão a terceiros da convenção de arbitragem ao abrigo da teoria de “grupo de empresas”⁶⁷⁸. Eis os factos: A (agente) celebrou com B (principal) um contrato de agência contendo uma cláusula compromissória. Tal arbitragem deveria ter lugar em Copenhaga (Dinamarca). Por carta datada de 23 de Dezembro de 2004, B indicou a A para facturar as comissões a C. Durante um determinado período de tempo, tais comissões foram facturadas a C e esta última efectivamente pagou as referidas comissões a A. Com fundamento na cessação do contrato com efeitos a partir de 31 de Dezembro de 2006, A intentou contra B, C e D (no caso de se considerar extinta a sociedade B) uma acção declarativa de condenação no pagamento de indemnizações e comissões decorrentes do referido contrato. No caso concreto, C não havia assinado o contrato subjacente. No despacho saneador, B, C e D foram absolvidos da instância, com fundamento na aludida excepção de violação de convenção arbitral. A apelou do despacho saneador e, aplicando o princípio da relatividade dos contratos, o Tribunal da Relação de Lisboa sentenciou no sentido de que o facto de B, C e D se encontrarem numa relação de grupo não bastava para estender à sociedade não outorgante C a convenção arbitral. No caso concreto, a sociedade C não havia assinado o contrato subjacente. A convenção arbitral celebrada com uma sociedade integrada num grupo de sociedades apenas vincula a outorgante, sem embargo de acordo posterior com outras sociedades⁶⁷⁹. Por conseguinte, a excepção de

⁶⁷⁷ LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 187.

⁶⁷⁸ Veja-se: DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “A extensão da convenção de arbitragem no quadro dos grupos de empresas e da assunção de dívidas: um vislumbre de conectividade?”, in *ROA*, Lisboa, ano 74, Janeiro/Março 2014, pp. 142 e ss.

⁶⁷⁹ Acórdão de 11 de Janeiro de 2011, disponível em www.dgsi.pt.

preterição do tribunal arbitral não poderia ser invocada por C. Por seu turno, o STJ estatuiu que “a convenção de arbitragem constante da cláusula dum contrato só vale, em princípio, entre os outorgantes (...)”⁶⁸⁰.

O Tribunal da Relação de Lisboa decidiu ainda, em acórdão de 24 de Março de 2015, que “A cláusula compromissória constante dum contrato vale entre os outorgantes que subscreveram o acordo (art. 406.º do Cód. Civil); Sem prejuízo, é de admitir a extensão da eficácia dessa cláusula a um terceiro se os signatários o consentirem e o terceiro aderiu (expressa ou tacitamente) à convenção arbitral. A adesão tácita (*implied consent*) deve emergir de factos que com toda a probabilidade a revelem (art. 217.º, n.º 1, parte final do Cód. Civil); para esse efeito não basta que o terceiro tenha tido intervenção na fase das negociações e execução do contrato em que se insere a convenção arbitral, exigindo-se que, concretamente, se possa assentar que o terceiro tinha conhecimento da existência da convenção de arbitragem, estando consciente de que dessa forma seriam resolvidos os litígios emergentes do contrato, assim possibilitando inferência de adesão à cláusula arbitral”⁶⁸¹.

De acordo com SAMPAIO CARAMELO ⁶⁸², a extensão da convenção de arbitragem a quem não a haja subscrito, com inerente desconsideração da exigência de forma escrita, em Portugal, só será admissível “em casos de manifesto abuso ou de fraude por parte de quem, não tendo assinado a convenção da arbitragem, haja enganado a contraparte no momento da assinatura do contrato ou haja desviado ilicitamente os lucros ou ativos da operação a que aquela se referia”.

TITO ARANTES FONTES e NUNO CASANOVA ⁶⁸³ admitem que, no Direito português, o instituto do abuso de direito possa, “em circunstâncias bastante restritas

⁶⁸⁰ Acórdão de 8 de Setembro de 2011, disponível em www.dgsi.pt

⁶⁸¹ Tribunal da Relação de Lisboa, 24.3.2015, Proc. n.º 7666/13.0TBOER.L1-1, in D. MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3ª ed., rev. e atualizada, Almedina, 2017, pp. 240-241.

⁶⁸² ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *O Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras* ..., pp. 46-47. Para este autor, “(...) a solução será completamente diferente no âmbito daqueles sistemas jurídicos que não exigem forma escrita para a convenção de arbitragem, como é o caso dos direitos francês (quanto à arbitragem internacional), sueco, dinamarquês e também, em certa medida, do direito holandês (que se contenta com a aceitação tácita pela contraparte). Em sede de aplicação do disposto no Artigo II (2) da Convenção de Nova Iorque, o entendimento correto é o acolhido no primeiro grupo de países suprarreferidos. Mas, devido ao disposto no seu Artigo VII (1), se o reconhecimento da convenção de arbitragem ou da sentença arbitral nela proferida for pedido num dos países do segundo grupo acima mencionado, prevalecerá a solução liberal adotada pelo respectivo direito”.

⁶⁸³ TITO ARANTES FONTES; NUNO SALAZAR CASANOVA, “O *Equitable Estoppel* e a arbitragem imposta por terceiros não signatários”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em homenagem a Mário Raposo*, Agostinho Pereira Miranda; Miguel Cancellar de Abreu; Paula Costa e Silva; Rui Pena; Sofia Martins (Org.), Universidade Católica Editora, 2015, p. 300.

(...) servir para um não signatário impor a arbitragem a um signatário. Tal pode suceder, nomeadamente, quando o não signatário tenha um interesse sério e atendível em ser incluído no litígio arbitral instaurado ou a instaurar entre partes signatárias, e estes não retirem qualquer benefício efectivo em negar essa pretensão, apenas o fazendo por motivos frívolos”⁶⁸⁴.

Um recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Janeiro de 2019⁶⁸⁵, decidiu que o facto de uma das sociedades autoras, integrada no grupo societário da outra autora, e uma das sociedades rés, integrada igualmente no grupo societário da outra ré, não terem tido intervenção no acordo-quadro invocado pelas autoras para fundamentar os seus pedidos de condenação das rés (acordo-quadro esse do qual consta uma cláusula arbitral), não impede que tal cláusula arbitral seja extensível também a tais sociedades por via da aceitação tácita, à luz das disposições conjugadas dos artigos. 406.º, n.º 2 e 217.º, n.º 1, do Código Civil.

Para MANUEL BARROCAS⁶⁸⁶, esta decisão do Supremo Tribunal de Justiça é criticável. “(...) não é legítimo, sem fundamento bastante, forçar ao entendimento de que se presume que uma parte aderiu a uma convenção de arbitragem pré-existente ou que deveria ter aderido”. Segundo o referido autor: “A prova da vontade de adesão a uma convenção de arbitragem pré-existente tem de ser substanciada em comportamentos que a denotem de forma clara, entre os quais os factos mais salientes e mais frequentemente citados na jurisprudência comparada são a participação significativa do terceiro não subscritor na celebração, e/ou na execução e/ou, eventualmente, na cessação do contrato principal a que a convenção de arbitragem diz respeito, denotando de forma clara um *interesse negocial próprio* e a sua aceitação ou presunção fundada e justificada de aceitação da sua submissão a uma cláusula arbitral”.

A decisão do Supremo Tribunal tende ao reconhecimento de uma dupla presunção em matéria de extensão da cláusula arbitral a não signatários: uma presunção de conhecimento da convenção de arbitragem pelo simples facto do não signatário ter-se referido ao acordo-quadro que incluía a cláusula compromissória para fundamentar

⁶⁸⁴ TITO ARANTES FONTES; NUNO SALAZAR CASANOVA, “O *Equitable Estoppel* e a arbitragem imposta por terceiros não signatários”, cit., p. 300.

⁶⁸⁵ Processo n.º 28/14.3TBOHP.C1.S1; disponível em: www.dgsi.pt

⁶⁸⁶ MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A questão da extensão da convenção de arbitragem a terceiros não subscritores”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, p. 716.

o seu pedido e uma presunção de aceitação da referida cláusula. Parece-nos mais evidente concluir a favor de uma aceitação tácita da cláusula arbitral tendo em conta o envolvimento do não signatário nas negociações, na execução ou na cessação do contrato que contém a referida cláusula do que presumir a aceitação da cláusula arbitral pelo simples facto de o não signatário ter invocado o acordo-quadro que integra a referida cláusula para fundamentar perante o tribunal estadual os seus pedidos contra as rés.

IV. No Brasil, o caso paradigmático relativo à problemática da extensão da cláusula arbitral a não signatários no âmbito de grupos societários é o caso *Trelleborg* proferido em 2006 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. A sociedade Anel intentou uma acção para a instituição da arbitragem contra duas empresas do grupo Trelleborg: Trelleborg do Brasil, Ltda e Trelleborg Industri AB. A cláusula compromissória constava dum contrato de venda de quotas de sociedade assinado apenas pela autora, Anel e pela Trelleborg do Brasil, Ltda. A autora pleiteou a extensão da cláusula compromissória contra Trelleborg Industri AB, alegando a sua participação activa nas negociações do contrato que continha a convenção arbitral. A acção foi julgada procedente, tendo-se decidido pela extensão da cláusula compromissória à empresa Trelleborg Industri AB. Em sede de recurso, a sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Considerou-se que a empresa Trelleborg havia praticado um conjunto de actos que implicavam o reconhecimento da sua responsabilidade pelos contratos firmados pela sua subsidiária brasileira: participação nas negociações, envolvimento na arbitragem e pagamento pelos apelantes de parte da condenação resultante do processo arbitral⁶⁸⁷. Por conseguinte, o Tribunal paulista seguiu a jurisprudência do caso *Dow Chemical*⁶⁸⁸.

Numa decisão datada de Junho de 2012 no caso *American Telecommunication do Brasil Ltda*, parece o Tribunal Supremo de Justiça ter admitido indirectamente a possibilidade de extensão da convenção de arbitragem a partes não signatárias. Por ocasião de uma homologação de sentença estrangeira proferida no âmbito de uma arbitragem administrada pela *American Arbitration Association* (AAA), nos Estados

⁶⁸⁷ FERNANDA SCALETSCY, “A teoria dos grupos societários e a extensão da cláusula compromissória a Partes Não signatárias”, cit., pp. 35-36.

⁶⁸⁸ FERNANDA SCALETSCY, “A teoria dos grupos societários e a extensão da cláusula compromissória a Partes Não signatárias”, cit., pp. 35-36.

Unidos, a empresa brasileira não era parte no contrato que continha a cláusula arbitral, tendo este sido celebrado entre a requerente Comverse Inc e a filial da empresa brasileira no Chile, American Telecommunications Inc. Chile. O Tribunal Supremo de Justiça decidiu pela homologação da sentença arbitral que fazia referência à inclusão das afiliadas da requerida no procedimento arbitral, tendo a American Telecommunication Brasil sido condenada a indemnizar a empresa Comverse Inc. por ruptura contratual⁶⁸⁹.

Apesar de a jurisprudência aceitar a extensão da cláusula compromissória em matéria de grupos de sociedades, a doutrina permanece dividida a respeito. Negam a possibilidade de extensão da cláusula compromissória no Direito brasileiro, entre outros, o Professor ALBERTO CARMONA⁶⁹⁰ que afirma que: “A Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI) tem precedente positivo, reconhecendo que se uma sociedade do grupo aceita a convenção de arbitragem, existe a possibilidade de envolver outras companhias que tenham tido papel relevante na *performance* do contrato. Não creio que, no Brasil, tal solução seja satisfatória. A convenção arbitral, que produz efeitos contundentes, tem como contrapartida que demonstrar cabal, clara e inequívoca vontade dos contratantes de entregar a solução de litígio (atual ou futuro, não importa) à solução de árbitros. O efeito severo de afastar a jurisdição do estado não pode ser deduzido, imaginado, intuído ou estendido. O consentimento dos interessados é essencial”. Para este autor, nem a confusão patrimonial entre sociedades do mesmo grupo (desconsideração da personalidade jurídica) pode justificar tal extensão pelo facto de “a jurisdição do árbitro estar naturalmente limitada pela convenção arbitral (objetiva e subjetivamente), de forma que seria inadmissível (e ineficaz) a decisão do árbitro que envolvesse na arbitragem terceiro que não lhe outorgou jurisdição”⁶⁹¹.

A mesma opinião é partilhada pelo Professor ARNOLDO WALD⁶⁹² que considera que a extensão da cláusula arbitral encontraria obstáculos na própria Lei da Arbitragem brasileira cujo artigo 4º exige que a cláusula compromissória seja estipulada por escrito, e o artigo 37.º, II, da mesma lei que prevê como requisito formal para a admissibilidade

⁶⁸⁹ FERNANDA SCALETSCY, “A teoria dos grupos societários e a extensão da cláusula compromissória a Partes Não signatárias”, cit., pp. 41-42.

⁶⁹⁰ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo* ..., cit., pp. 82-83.

⁶⁹¹ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo* ..., cit., p. 83.

⁶⁹² ARNOLDO WALD, “A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, Maio/Ago, n.º 2, pp. 48-50.

de uma demanda homologatória a apresentação do original da convenção arbitral ou de cópia certificada, acompanhada de tradução oficial. Por outro, segundo o mesmo autor⁶⁹³, “como a arbitragem repousa nos vínculos contratuais entre as partes e entre estas e o árbitro, seus liames não se manifestam senão entre os contratantes. A legitimidade de parte para o procedimento arbitral, por isso, só se estabelece entre os sujeitos contratuais. A única via de legitimação, ativa ou passiva, para quem queira participar, ou seja, chamado a participar da arbitragem, condiciona-se à própria convenção arbitral”.

Em sentido contrário, posicionam-se EDUARDO MUNHOZ⁶⁹⁴ e FERNANDA SCALETSCY⁶⁹⁵. Para o primeiro, a extensão da convenção arbitral é factível porque não se trata propriamente de uma “extensão” da convenção arbitral à pessoa que não manifestou a sua vontade ou o seu consentimento em participar do processo arbitral, mas de “mera apuração das verdadeiras partes” à arbitragem. A própria Lei da Arbitragem brasileira seria o fundamento para tal extensão que considera a convenção arbitral como um negócio jurídico processual válido e eficaz desde a sua formação, contanto que contenha a forma escrita, bem como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica⁶⁹⁶. Para a segunda autora, “a teoria da extensão da cláusula compromissória, no âmbito dos grupos societários, é compatível com o Direito brasileiro, desde que se tome como base a vontade das partes, tanto expressa como tácita, de serem partes do negócio jurídico que contém a convenção arbitral. Isso porque, além da forma escrita da convenção arbitral, de acordo com o art. 4.º da LBA (que admite um entendimento bastante flexível do que seria o ‘escrito’ no âmbito arbitral internacional), não se exige a assinatura das partes para a validade da convenção arbitral, tendo em vista que a manifestação de vontade inequívoca de uma empresa em

⁶⁹³ ARNOLDO WALD, “A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos”, cit., pp. 48-50.

⁶⁹⁴ EDUARDO MUNHOZ, “Arbitragem e grupos de sociedades”, in *Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (Org.), Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da lei n.º 9.307/1996*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 176-177; *apud* FERNANDA SCALETSCY, “A teoria dos grupos societários e a extensão da cláusula compromissória a Partes Não signatárias”, cit., pp. 39-40.

⁶⁹⁵ FERNANDA SCALETSCY, “A teoria dos grupos societários e a extensão da cláusula compromissória a Partes Não signatárias”, cit., pp. 39-40.

⁶⁹⁶ EDUARDO MUNHOZ, “Arbitragem e grupos de sociedades”, in *Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (Org.), Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da lei n.º 9.307/1996*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 176-177; *apud* FERNANDA SCALETSCY, “A teoria dos grupos societários e a extensão da cláusula compromissória a Partes Não signatárias”, cit., pp. 39-40.

ser parte de um negócio jurídico não se confunde com a assinatura desta, e nem mesmo com a forma escrita da convenção”⁶⁹⁷.

V. Em Espanha, a jurisprudência do Tribunal Supremo não é unânime sobre esta questão⁶⁹⁸. Um acórdão (*Sentencia*) do Tribunal Supremo, de 26 de Maio de 2005⁶⁹⁹, admite a possibilidade de estender a convenção de arbitragem às partes directamente envolvidas na execução do contrato. Segundo o Tribunal, “*Y en todo momento hay que afirmar que en el presente caso la cláusula o convenio arbitral plasmado en el contrato de 31 julio 1992 supone la necesaria extensión de su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato*”.

De acordo com FERNÁNDEZ ROSAS, SÁNCHEZ LORENZO e GONZALO STAMPA⁷⁰⁰, o texto da *Ley de Arbitraje* resultante da reforma de 2011 admite a extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários ao prever, no seu artigo 11.º bis, que a introdução de uma cláusula arbitral nos estatutos sociais requerá o voto favorável de, no mínimo, dois terços de votos correspondentes a acções ou participações em que se divida o capital social.

VI. Na Alemanha, a extensão da convenção de arbitragem a não signatários por aplicação da teoria de grupos de sociedades é controvertida⁷⁰¹. A doutrina maioritária rejeita tal extensão, por aplicação da teoria de grupos de sociedades ou do levantamento do véu da personalidade jurídica⁷⁰². No entanto, admite-se a possibilidade de uma

⁶⁹⁷ FERNANDA SCALETSCY, “A teoria dos grupos societários e a extensão da cláusula compromissória a Partes Não signatárias”, cit., p. 42.

⁶⁹⁸ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROSAS; SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO; GONZALO STAMPA, *Principios Generales del Arbitraje*, cit., p. 52.

⁶⁹⁹ STS 1ª 26 mayo 2005 [RJ 2005, 4140]; veja-se: EVELIO VERDERA TUELLS; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROSAS; JOSÉ Mª BENEYTO PÉREZ; GONZALO STAMPA CASAS, *Jurisprudencia Española de Arbitraje – 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Inmaculada Rodríguez Roblero (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 250, N. 256.

⁷⁰⁰ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROSAS; SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO; GONZALO STAMPA, *Principios Generales del Arbitraje*, cit., p. 52.

⁷⁰¹ ROLF TRITTMANN; INKA HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1029 – Definition”, in Patricia Nacimiento, Stefan Michael Kroll, *et al.* (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, p. 92.

⁷⁰² ROLF TRITTMANN; INKA HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1029 – Definition”, cit., p. 92.

extensão da convenção de arbitragem, por aplicação da teoria da representação aparente, ou da representação se o não signatário beneficiou do contrato⁷⁰³.

O Regulamento da *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* (DIS) prevê no seu artigo 18.º que as acções envolvendo múltiplas partes podem ser decididas num único processo se existir uma convenção de arbitragem que vincule todas as partes nesse sentido. Qualquer controvérsia sobre se as partes acordaram na referida convenção, quando não existir uma convenção expressa por escrito para esse efeito, será decidida pelo tribunal arbitral⁷⁰⁴.

VII. Na Suíça, o Tribunal Federal⁷⁰⁵, aprovando a jurisprudência francesa em matéria da extensão da cláusula arbitral a não-signatários, salientou que, no Direito suíço, tal extensão funda-se na vontade real das partes, ou no princípio da boa fé. O Tribunal, no seu acórdão de 16 de Outubro de 2003, afirmou que “*La jurisprudence française illustre bien la tendance actuelle de la pratique arbitrale internationale. Selon cette jurisprudence, le fondement juridique de l’extension de la clause compromissoire à un tiers non signataire réside dans les usages du commerce international, en vertu desquels la participation du non signataire à la conclusion ou à l’exécution du contrat constitue l’élément déterminant. La possibilité d’une telle extension est d’ailleurs admise par le droit suisse sur le fondement de la volonté réelle des parties ou, à défaut, sur celui du principe de bonne foi*”⁷⁰⁶.

Num acórdão datado de 19 de Maio de 2003, o Tribunal Federal afirmou que, em princípio, uma cláusula arbitral vincula apenas as partes que a ela se sujeitaram no

⁷⁰³ ROLF TRITTMANN; INKA HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1029 – Definition”, cit., p. 92.

⁷⁰⁴ “Claims made in an arbitration with multiple parties (“Multi-Party Arbitration”) may be decided in that arbitration if there is an arbitration agreement that binds all of the parties to have their claims decided in a single arbitration or if all of the parties have so agreed in a different manner. Any dispute as to whether the parties have agreed thereto, in particular when there is no express agreement in writing to that effect, shall be decided by the arbitral tribunal”.

⁷⁰⁵ In *Revue de l’arbitrage*, 2004, N.º 3, p. 701.

⁷⁰⁶ Segundo Kaufmann-Kohler e Rigozzi, “(...) le droit suisse rejette la *théorie des groupes de sociétés* selon laquelle la portée d’une clause arbitrale peut quasi-automatiquement être étendue à des entités membres du même groupe de sociétés (...) Il ne saurait être fait abstraction de l’indépendance juridique d’une personne morale que dans des situations relevant de l’abus de droit (...) Les exemples jurisprudentiels montrent qu’un *Durchgriff* pourrait être admissible dans des situations impliquant une sous-capitalisation de la personne morale, la poursuite exclusive des intérêts de l’actionnaire majoritaire ou unique, le contournement d’une clause de non-concurrence ou encore un objectif de dissimulation de la nationalité des participants à une structure juridique” (G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 154, N. 271).

contrato. Não obstante, não há dúvida que uma convenção de arbitragem pode obrigar pessoas que não a celebraram (entre outros, herdeiros, cessionários, associados, grupos de sociedades)⁷⁰⁷. O Tribunal Federal interpretou a atitude das partes perante os tribunais civis, tendo concluído existir um consórcio que lhe permitia estender a convenção de arbitragem a outro consorte⁷⁰⁸.

No acórdão do Tribunal Federal suíço de 8 de Março de 2012 (4^a 627/2011), foi decidido que o facto de fazer constar terceiros na convenção de arbitragem não é suficiente para vinculá-los⁷⁰⁹.

Num acórdão mais recente, datado de 7 de Abril de 2014⁷¹⁰, o Tribunal Federal Suíço determinou as circunstâncias excepcionais que podem justificar a extensão da convenção de arbitragem a não signatários. São elas: (i) a cessão de dívida; (ii) a assumpção de dívida; (iii) a cessão contratual; (iv) o envolvimento do terceiro na execução de um contrato que contém uma cláusula arbitral; e, (v) a confusão das actividades da companhia e de sua filial que determine a aplicação da teoria do levantamento do véu da personalidade jurídica.

⁷⁰⁷ PIERRE-YVES GUNTER, “Panorama de jurisprudence suisse”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Vol. III, Gazette du Palais, Édition Juillet, 2006, p. 426; ATF 120 II 155 c. 3b/bb.

⁷⁰⁸ PIERRE-YVES GUNTER, “Panorama de jurisprudence suisse”, cit., p. 426.

⁷⁰⁹ WILLIAM W. PARK, “Non-Signatories and International Arbitration”, cit., pp. 753-754.

⁷¹⁰ “Pursuant to the principle of the relativity of contractual obligations, the arbitration agreement included in a contract binds only the contracting parties. However, a number of occurrences such as the assignment of a claim, the joint or simple assumption of a debt, or the transfer of a contractual relationship have long lead the Federal Tribunal to hold that an arbitration agreement may bind even some persons that did not sign it and are not mentioned there (ATF 129 III 727 at 5.3.1, p. 735 and the cases quoted). Moreover, a third party involving itself in the performance of the contract containing the arbitration agreement is deemed to have adhered to the clause by conclusive acts if it is possible to infer from its involvement its willingness to be bound by the arbitration clause (ATF 129 III 727 at 5.3.2, p. 737; judgment 4P.48/2005 of September 20, 2005, at 3.4.1). As to legal persons, and depending on the circumstances, some contractual obligations may also be held against the mother company when the scopes of activity of the mother and the daughter overlap. Theoretically speaking, various juridical forms were imagined to justify refusing to take into account the formal independence of the mother and the daughter towards third parties. Besides piercing the corporate veil (*Durchgriff*) and taking into account an apparent power of attorney among other assumptions, responsibility based on the legal appearance seeks to protect the contractual counterparty – pursuant to the principle of reliance – in its erroneous belief to have concluded the contract with the mother company and not with the daughter company or even with both (ATF 137 III 550 at 2.3.2 and the commentators quoted; more generally ATF 138 III 755 at 8.3, p. 775 and the cases quoted; as to international arbitration, Berger and Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 2nd ed., 2006, ns. 523 ff)”. Decision 4A_450/2013 of 7 April 2014; disponível em:

<http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/7%20avril%202014%204A%20450%202013.pdf>; veja-se: MARTIN WIEBECKE, “Switzerland”, in *The International Arbitration Review*, Law Business Research, 2015, p. 520.

VIII. Na Bélgica, os Professores KEUTGEN e DAL⁷¹¹ notam a tendência a privilegiar a unidade económica para estender a cláusula arbitral no âmbito de grupos de sociedades. No entanto, os referidos autores manifestam uma reticência quanto à evolução jurisprudencial nessa matéria. Segundo eles: “*Les quelques sentences rendues en la matière sont-elles significatives d’une évolution jurisprudentielle, et ne faut-il pas en rester en règle à la relativité des contrats et au caractère consensuel de l’arbitrage?*”. Esta visão é de alguma forma partilhada pelo Professor OLIVIER CAPRASSE⁷¹², da Universidade Livre de Bruxelas, para quem a falta de prova do consentimento de uma sociedade ao contrato de fundo pode justificar a impossibilidade de se lhe “estender” a convenção de arbitragem.

IX. Os tribunais ingleses têm mostrado muita reticência quanto à extensão da cláusula arbitral a terceiros. No caso *Bay Hotel and Resort Limited and another v. Cavalier Construction Company Limited* (2001)⁷¹³, o Conselho Privado de Sua Majestade (*Privy Council*) rejeitou, em 16 de Julho de 2001, a decisão do Tribunal de Apelação das Ilhas Turcas e Caicos que admitia a extensão da cláusula compromissória contida no contrato celebrado entre a sociedade *Bay* e a sociedade *Cavalier* a uma filial desta última, designada *Cavalier-I.T.C.*, que havia executado as obras de construção que originaram o litígio. O Conselho Privado reafirmou que a autonomia da vontade das partes é o princípio fundamental do Direito actual da arbitragem, não sendo o tribunal competente para admitir a intervenção de terceiro, não signatário da convenção de arbitragem, se uma das partes se lhe opuser.

No caso *Peterson Farms Inc v. C&M farming Ltd* (2004)⁷¹⁴, o *Commercial High Court* rejeitou a argumentação do Tribunal arbitral que decidiu estender a cláusula

⁷¹¹ GUY KEUTGEN; GEORGES-ALBERT DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, Tome I, cit., p. 414, N. 519.

⁷¹² OLIVIER CAPRASSE, “L’arbitrage et les groupes de sociétés”, in *L’arbitrage dans la vie des sociétés*, Bruylant Bruxelles, 1999, p. 211: “Lorsque le consentement d’une société à un contrat de fond, contenant une clause compromissoire, peut être rapporté, en dépit de son absence de participation formelle à cette convention, cette société sera liée par ce contrat de fond. Sa participation à la convention repose alors directement sur sa volonté personnelle. Dans cette hypothèse, si une exigence de forme est nécessaire à la validité de la clause d’arbitrage ou à la preuve de celle-ci, elle concerne directement le consentement de la société à laquelle on veut “étendre” la convention. Elle pourra, dans ce cadre, empêcher ‘l’extension’ de la clause”.

⁷¹³ JULIAN D. M. LEW Q.C., “Panorama de jurisprudence anglaise”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Vol. II, Gazette du Palais, Édition Juillet, 1994, pp. 386-387.

⁷¹⁴ GARY B. BORN, *International arbitration – cases and materials*, cit., pp. 567-569; BERNARD HANOTIAU, “Les groupes de sociétés dans l’arbitrage commercial”, in *La convention*

arbitral celebrada entre a sociedade de Direito americano (Estado de Arkansas), Peterson e a sociedade indiana C&M, a outras sociedades desta última, baseado na doutrina do grupo de sociedades (“*the group of companies doctrine*”). Segundo o Juiz LANGLEY⁷¹⁵: “*It was not suggested to the tribunal that the Group of Companies doctrine was recognized by Arkansas law*”.

No caso *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania* (2006)⁷¹⁶, o Tribunal de Apelação afirmou que o Governo da Lituânia não podia ser considerado como parte ao Acordo ou à arbitragem pela simples razão de ter promovido a celebração de um contrato entre uma entidade estatal e o investidor estrangeiro, mas pelo facto de o referido Governo ter dado o seu consentimento à arbitragem na Dinamarca.

A extensão da cláusula arbitral a não signatários é admitida apenas nos casos de mandato e de *estoppel*. A teoria do *estoppel* é aplicada na Inglaterra e nos Estados

d'arbitrage – groupes de sociétés et groupes de contrats, Bruylant, 2007, pp. 124-125; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 198 e ss.

⁷¹⁵ GARY B. BORN, *International arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 569; veja-se também em relação à posição dos tribunais ingleses: LUÍS OLAVO BAPTISTA, *Arbitragem Comercial e Internacional*, cit., p. 121.

⁷¹⁶ (No 2) [2006] EWCA Civ 1529, [2007] QB 886.

Unidos⁷¹⁷. Interessa aqui salientar a observação feita por um autor⁷¹⁸ que considera que tal caminho, em ambiente jurídico-germânico, não tendo por base o contrato, apresenta-se como “um efeito jurídico-legal”. Estender a cláusula compromissória a não signatários com base na teoria do *estoppel* não se coaduna com a origem contratual da competência do tribunal arbitral⁷¹⁹.

X. Nos Estados Unidos da América, segundo a jurisprudência do Tribunal de Apelação do 2º Circuito, no caso *Thomson-C.S.F., S.A. v. Am. Arbitration Ass’n* (2d Cir. 1995)⁷²⁰, admitem-se seis teorias para vincular um não signatário à convenção de arbitragem, a saber: (a) a incorporação por referência (*incorporation by reference*); (b) a ratificação (*assumption*); (c) a agência (*agency*); (d) a desconsideração da personalidade jurídica (*veil-piercing/alter ego*); (e) o *estoppel*; e (f) a estipulação a

⁷¹⁷ Nos Estados Unidos, no caso *Thomson-CSF* (1995), o 2nd Circuit reteve 6 teorias para vincular um não signatário a uma convenção de arbitragem, a saber: *incorporation by reference*, *assumption*, *agency*, *veil-piercing/alter ego*, *estoppel* e *third-party beneficiary*. As mesmas teorias são referidas pelo Tribunal de Apelação do 5th Circuit no caso *Bridas SAPIC v. Government of Turkmenistan* (2003). O *estoppel* baseia-se na premissa segundo a qual a parte não signatária não pode reclamar o benefício de um contrato e, ao mesmo tempo, evitar eventuais encargos – que no caso presente se trata de uma cláusula arbitral –, considerando-se como uma parte não signatária que não possa ser abrangida pela referida cláusula. Tem-se então recorrido à doutrina do *estoppel* quando o comportamento da sociedade-mãe ou da sua filial não outorgante da convenção de arbitragem “demonstrates a virtual abandonment of separateness”. Recorre-se também à mesma doutrina para obrigar uma parte signatária a aceitar a presença de um não outorgante quando os litígios que o não signatário pretende resolver são interligados com o contrato e que o não signatário mantém uma relação estreita com a parte signatária. No já referido caso *Thomson*, o Tribunal decidiu que: “(courts) willing to stop a signatory from avoiding arbitration with a nonsignatory when the issues the nonsignatory is seeking to resolve in arbitration are intertwined with the agreement that the estopped party has signed” (*Thomson-CSF*, 64 F.3d at 776; *DuPont*, 269 F.3d at 195-97; *apud* GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, Wolters Kluwer, 2015, p. 554; veja-se também: NIKI K. KERAMEUS, “L’engagement des sociétés d’un groupe à l’arbitrage – Une approche comparative”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 3, 2013, pp. 624-625 : “Voici une citation claire du 2nd Circuit de 1995 dans l’affaire *Thomson*: ‘L’arbitrage est de nature contractuelle. (...) Cependant, de là ne suit pas que – en application de la [Federal Arbitration] Act – une obligation de recourir à l’arbitrage lie seulement celui qui a personnellement signé la clause écrite d’arbitrage. Cette cour a rendu clair qu’un non-signataire peut être lié par une clause d’arbitrage lorsque cela est édicté par les principes ordinaires de contrat et de représentation’. La jurisprudence américaine n’accorde pas de place particulière à la théorie des groupes de sociétés mais arrive souvent au même résultat à travers d’autres fondements, soit en application du droit des contrats soit des théories comme l’*alter ego*, l’*estoppel*, la fraude, ou encore la levée du voile social”; BERTRAND DERAIS; ERIC ORDWAY, “Panorama de jurisprudence américaine”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Vol. III, Gazette du Palais, Édition Juillet, 2006, p. 407; IRMGARD ANNA RODLER, *When are non-signatories bound by the Arbitration Agreement in International Commercial Arbitration?*, University of Chile/Université of Heidelberg, 2012, pp. 26 e 28).

⁷¹⁸ PEDRO CAETANO NUNES, “Anotação ao caso *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*”, in 100 anos de Arbitragem – Os casos Essenciais comentados, Coimbra Editora, 2015, p. 121.

⁷¹⁹ PEDRO CAETANO NUNES, “Anotação ao caso *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*”, in 100 anos de Arbitragem – Os casos Essenciais comentados, Coimbra Editora, 2015, p. 121.

⁷²⁰ 64 F. 3d 776 (2d Cir. 1995).

favor de outrem (*third-party beneficiary*)⁷²¹. Não é admitida na jurisprudência americana a teoria do grupo de sociedades.

No caso *Bridas Sapic v. Government of Turkmenistan*⁷²², um litígio opôs a sociedade argentina Bridas contra o Governo do Turquemenistão. A Bridas celebrou um contrato de *joint venture* com a sociedade detida integralmente pelo Estado do Turquemenistão, em 10 de Fevereiro de 1993, através do qual constituíram a sociedade Keimir. O Governo do Turquemenistão não era parte no contrato. Na sequência de problemas surgidos pelo facto de o Governo do Turquemenistão ter suspenso qualquer participação da Bridas à sociedade Keimir, Bridas iniciou um procedimento de arbitragem perante a Corte de Arbitragem da CCI. O Governo do Turquemenistão alegou não ter assinado qualquer convenção de arbitragem com a Bridas. O Tribunal arbitral decidiu, em 21 de Outubro de 1999, a favor da sua competência para conhecer o litígio existente entre as partes e, em 26 de Janeiro de 2001, proferiu a sentença definitiva⁷²³.

Entretanto, a Bridas havia intentado uma acção judicial em 7 de Julho de 1999 para obter a confirmação da primeira sentença parcial pela qual o Tribunal arbitral admitia a sua competência para decidir em relação às partes a arbitragem. O *District Court* considerou que a empresa Turkmenneft que assinou o contrato de Joint Venture com a Bridas era um agente do governo de Turquemenistão. Esta decisão foi rejeitada pelo *Court of Appeals for the Fifth Circuit* em 2003⁷²⁴. Segundo o *Court of Appeals*, “*With respect to agency, the District Court committed clear error in concluding that the government entity was an agent of the Turkmen Government*”⁷²⁵. Acabou por estender a cláusula arbitral ao governo do Turquemenistão com base na teoria do *alter ego*. Para ele, “*the total of the record demonstrates that the Government should be bound as an alter ego of State Concern Turkmenneft, because the Government both committed fraud or injustice and used the financial dependence of Turkmenneft to perpetrate such wrong*”⁷²⁶.

⁷²¹ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 554.

⁷²² 345 F. 3d 347 (5th Cir. 2003); GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 551.

⁷²³ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 552-554.

⁷²⁴ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2006, p. 66.

⁷²⁵ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, cit., p. 66.

⁷²⁶ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 558.

No caso *General Electric Co. vs. Deutz* (2001)⁷²⁷, o Tribunal de Apelação do 3º Circuito confirmou a decisão do primeiro juiz que havia decidido que uma cláusula compromissória constante de um contrato de *joint venture* entre uma sociedade americana e uma sociedade alemã não podia validamente ser invocada pela sociedade-mãe da parte alemã, embora tenha garantido o cumprimento das obrigações da sua filial e participado no acto de celebração do contrato.

1.2.2. Jurisprudência arbitral⁷²⁸

Na jurisprudência arbitral, admite-se⁷²⁹ a extensão da cláusula compromissória a não signatários com base em argumentos de vária ordem.

a) A teoria do grupo de sociedades

Para estender os efeitos da cláusula arbitral às sociedades não outorgantes, não basta a simples circunstância de estas fazerem parte do grupo societário de uma das partes outorgantes. Tem-se sempre buscado a análise das particularidades do caso concreto. É preciso em regra mais de um indício para decidir a favor da extensão da cláusula arbitral. Segundo WILLIAM W. PARK⁷³⁰, deve-se recorrer a um “*faisceau d’indices*”, “*a bundle of criteria*”⁷³¹.

⁷²⁷ BERTRAND DERAIS, ERIC ORDAY; “Panorama de jurisprudence américaine”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexis Mourre (Dir), Vol. II, Gazette du Palais, 2014, p. 416.

⁷²⁸ Sobre esta problemática, veja-se: LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., pp. 175-188; vejam-se também as referências feitas por: MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 203 e ss..

⁷²⁹ Algumas decisões negam a possibilidade de estender a cláusula compromissória celebrada por uma única sociedade do grupo a outras sociedades do mesmo grupo. O argumento apresentado respeita à interpretação restritiva das convenções arbitrais e à procura de uma vontade real das sociedades não outorgantes da cláusula compromissória de participar na arbitragem (Veja-se os exemplos dados por: DANIEL COHEN, *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993, p. 280, n.º 536).

⁷³⁰ WILLIAM W. PARK, “Non-Signatories and International Arbitration”, in *The leading arbitrators’ guide to International Arbitration*, Third Edition, Laurence W. Newman; Richard D. Hill (Editors), Jurisnet, LLC, 2014, p. 717.

⁷³¹ A enumeração dos argumentos a favor da extensão da cláusula arbitral constituiu o desenvolvimento dos tópicos referidos no nosso estudo em: LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., pp. 175-179; Veja-se: GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 551. Este autor refere-se às seguintes teorias usadas pelos tribunais americanos: *alter ego and agency principles, assignment and other transfer doctrines, third-party beneficiary status, estoppel, assumption and ratification, implied consent and guarantor relations*.

i) A unidade económica das sociedades do grupo

A jurisprudência internacional permitiu que uma das sociedades do grupo apresentasse as pretensões das demais sociedades do mesmo grupo, tendo estas interesse no desfecho do caso⁷³². Dá-se primazia, segundo a expressão do Professor BERTHOLD GOLDMAN⁷³³, à “unidade económica do grupo relativamente ao seu pluralismo jurídico” (*unité économique du groupe par rapport à son pluralisme juridique*). É a participação efectiva na realização da operação económica que vincula definitivamente os membros do grupo como se fossem verdadeiros signatários do acordo contendo a cláusula arbitral⁷³⁴. Esta referência à teoria da unidade económica não se faz tanto em relação às leis estaduais, mas por recurso à *lex mercatoria*⁷³⁵.

ii) A participação nas negociações, execução ou resolução do contrato

O comportamento adoptado pela sociedade não outorgante ou o papel desempenhado nas negociações, na execução ou até na resolução do contrato pode determinar que lhe seja oposta a cláusula compromissória⁷³⁶. É a lição que se pode retirar do caso *Dow Chemical*. O tribunal arbitral fez uma interpretação da vontade de várias sociedades do grupo Dow Chemical no sentido de se sujeitarem à convenção de

⁷³² Sentença CCI Society of Maritime Arbitrators, New York, 28 Nov. 1980, n.º 1510; *apud* DANIEL COHEN, *Arbitrage et Société*, cit., p. 281.

⁷³³ BERTHOLD GOLDMAN, *Unification internationale et harmonisation du droit dans le domaine des sociétés multinationales*, Rapport au 2e Congrès international de droit privé de l’Unidroit, Rome 9-15 sept. 1976, p. 4; in *Journal de Droit International*, 1976, p. 977.

⁷³⁴ Veja-se: Observações de Yves Derains à sentença CCI n.º 2375 (1975), in *Journal de Droit International*, 1976, p. 977.

⁷³⁵ PEDRO CAETANO NUNES, “Anotação ao caso *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*”, cit., p. 121; NADINE ABDALLAH-MARTIN, “L’extension et la transmission de la clause compromissoire: vers une *lex mediterranea*”, cit., pp. 126-127.

⁷³⁶ BERNARD HANOTIAU, “Les groupes de sociétés dans l’arbitrage commercial”, cit., p. 119; DIOGO COSTA GONÇALVES, “A vinculação de terceiros à convenção de arbitragem. Algumas reflexões”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, p. 291; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, pp. 324-325.

arbitragem⁷³⁷. No caso CCI n.º 11160 (2002)⁷³⁸, foi admitida a extensão da cláusula arbitral por se ter verificado a participação da parte vinculada nas negociações.

Nas decisões que recusaram a extensão da cláusula arbitral, transparece a ideia de que nenhuma forma de consentimento (expresso ou tácito) foi encontrada para vincular os não signatários. No caso CCI n.º 6673 (1992)⁷³⁹, a detenção de uma licença de *know-how* é insuficiente para justificar a extensão da cláusula arbitral ao não signatário. No caso CCI n.º 10758 (2000)⁷⁴⁰, o tribunal arbitral recusou-se a estender a cláusula compromissória a uma sociedade pública egípcia (sociedade mãe) uma vez que o seu envolvimento verificou-se oito anos depois da assinatura pela filial do contrato contendo a cláusula compromissória. No caso CCI n.º 10818 (2001)⁷⁴¹, o envolvimento do não signatário na execução do contrato foi considerado insuficiente.

Para o Professor PHILIPPE FOUCHARD⁷⁴², há um risco de desvio na interpretação da vontade das sociedades do grupo como critério da sua vinculação, sugerindo a aplicação pura e simples de teorias como as da aparência, da confusão ou da ingerência da sociedade mãe para fundamentar a extensão da cláusula compromissória⁷⁴³.

⁷³⁷ Laurent Aynès defende que o beneficiário de uma estipulação permanece um terceiro em relação ao contrato inicial, não podendo invocar a cláusula compromissória. “(...) le bénéficiaire d’une stipulation pour autrui demeure tiers au contrat initial, parce qu’il acquiert un droit direct, distinct de celui qui appartient au stipulant; il ne peut donc invoquer la clause compromissoire (Cass. com., 4 juin 1985, *Bull.* IV, n.º 178, *RTD civ.* 1986.593, obs. J. Mestre; *Rev. arb.*, 1987.139, note Goutal)” (LAURENT AYNÈS, Note sous Paris, 1re Ch. Suppl. 26 mai 1992, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 4, 1993, p. 631).

⁷³⁸ WILLIAM W. PARK, “Non-Signatories and International Arbitration”, cit., pp. 753-754.

⁷³⁹ WILLIAM W. PARK, “Non-Signatories and International Arbitration”, cit., pp. 753-754.

⁷⁴⁰ JEAN-JACQUES ARNALDEZ; YVES DERAIS; DOMINIQUE HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007* ..., pp. 537-541; OTTO SANDROCK, “Arbitration Agreements and Groups of Companies”, in *Festschrift Pierre Lalive, Basel, Frankfurt a.M.*, 1993, p. 628.

⁷⁴¹ WILLIAM W. PARK, “Non-Signatories and International Arbitration”, cit., pp. 753-754.

⁷⁴² <http://www.kluwerarbitration.com/document/ipn19106?title=Revue%20de%20l'Arbitrage>

⁷⁴³ No seu dizer: “(...) ce qui est dangereux dans la motivation d’une sentence qui étend la clause compromissoire dans les groupes de sociétés, ce n’est pas tellement la *lex mercatoria*, ni d’ailleurs n’importe quelle règle de droit qui serait dégagée dans les ordres juridiques internes ou internationaux, mais au contraire le recours à l’interprétation de la volonté des sociétés membres du groupe. Ce qui a permis de sauver la sentence Dow Chemical, c’est cette appréciation de pur fait sur le rôle de chaque société du groupe, interprétation que la Cour d’appel ne pouvait plus contrôler; c’est ce recours à l’intention des parties ou des groupes de sociétés et à leur comportement dans la négociation et dans l’exécution d’un contrat qui est le plus dangereux, car il autorise une appréciation souveraine, donc arbitraire. Je préférerais de beaucoup une règle de droit, franche, limitée, qu’il faudrait dégager et qui verrait plutôt une sanction, dans le vrai sens du terme, dans l’extension de la clause compromissoire. Sanction par la théorie de l’apparence, de la confusion, de l’ingérence de la société-mère dans le fonctionnement de sa filiale. Après tout, le maître de l’affaire ou le dirigeant de fait, c’est une notion bien connue en droit interne. L’arbitrage, actuellement, connaît une crise, due à la dégradation des mœurs, à l’aggravation du combat contentieux; il ne faut pas encore ‘charger la barque’ et vaut mieux dégager une règle de droit assez précise que de se référer à une interprétation hypocrite de la volonté des parties, source de bien de débordements” (PHILIPPE FOUCHARD, “Intervention aux débats du colloque consacré à ‘L’arbitrage et les tiers’, in *Revue de l’arbitrage*, 1988, p. 500; OLIVIER CAPRASSE, “L’arbitrage et les

b) A estipulação a favor de outrem

Admite-se que a extensão da cláusula compromissória ocorra quando a sociedade-mãe estipulou no contrato a favor das demais sociedades do grupo. A figura do contrato a favor de terceiro opera a vinculação deste quando adira à promessa⁷⁴⁴. Conforme refere CAETANO NUNES⁷⁴⁵, “a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a terceiros pressupõe que, em sede de interpretação do negócio jurídico, se conclua pela existência de um contrato a favor de terceiro ou de um contrato com encargo para terceiro”. É preciso, em bom rigor, que o promitente e o promissário actuem com intenção de o contrato produzir efeitos de uma atribuição imediata, e não apenas reflexa, ao terceiro⁷⁴⁶. Por outro lado, o promissário deve ter na promessa um interesse digno de protecção jurídica, de natureza patrimonial ou não patrimonial⁷⁴⁷. O que não se justificará sempre se se adoptar esta teoria para fundamentar a extensão da cláusula compromissória a não signatários⁷⁴⁸.

groupes de sociétés”, in *L’arbitrage dans la vie des sociétés*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 205). No Direito suíço, veja-se: CHRISTOPH MÜLLER, “Article 178 PILS”, cit., p. 70: “In the context of groups of companies, privity of contract must remain the rule. The mere existence of a group of companies is not sufficient to compel the parties within that group”.

⁷⁴⁴ Veja-se também: FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 298, N. 498: “(...) la stipulation pour autrui n’impliquant pas de représentation, le bénéficiaire de la stipulation n’est lié que s’il a ultérieurement accepté ce mode de règlement des litiges”; ROLF TRITTMANN; INKA HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1029 – Definition”, cit., p. 91.

⁷⁴⁵ PEDRO CAETANO NUNES, “Anotação ao caso *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*”, cit., pp. 118-119.

⁷⁴⁶ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 12ª Ed., 2009, p. 351.

⁷⁴⁷ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 351.

⁷⁴⁸ O Tribunal Regional Superior de Dusseldórfia decidiu que a extensão da convenção de arbitragem a um terceiro é válida quando o mesmo dispõe da opção de aceitar ou não a sua vinculação (19 de Maio de 2006), veja-se: VALÉRY DENOIX DE SAINT-MARC, “Panorama de jurisprudence allemande”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Vol. IV, Alexis Mourre (Dir.), Éditions A. Pedone 2008, p. 704.

c) A representação ou a relação de mandato⁷⁴⁹

Pode-se dar o caso de as partes que efectivamente assinaram a convenção não serem as verdadeiras ou as únicas partes no contrato. Tal situação pode verificar-se por meio do instituto da representação ou da existência de um mandato⁷⁵⁰. Nas situações em que haja representação de uma parte, é na verdade o representado que se vincula à convenção⁷⁵¹. Não se coloca *summo rigore* um problema de extensão da cláusula arbitral a não signatários.

d) A representação aparente ou o mandato aparente

A extensão da cláusula compromissória é possível quando, durante as negociações contratuais, o comportamento do representante do grupo durante as negociações suscita à contraparte legítimas expectativas de que ele mesmo vincula todas as sociedades do grupo, ou seja, que a cláusula compromissória é extensível às demais sociedades do grupo⁷⁵². A extensão da cláusula compromissória no âmbito do grupo de sociedades aparece como uma sanção pelo facto de o terceiro, tendo em conta o modo como interveio nas negociações contratuais ou durante a execução do contrato entre partes, ter criado expectativas legítimas quanto à sua própria vinculação no negócio⁷⁵³. No fundo, trata-se de proteger a parte que recorra à arbitragem e pretenda

⁷⁴⁹ BERNARD HANOTIAU, “Les groupes de sociétés dans l’arbitrage commercial”, in *La convention d’arbitrage – groupes de sociétés et groupes de contrats*, Bruylant, 2007, p. 119; BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrage et les groupes de sociétés”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, vol. II, Gazette du Palais, Édition Juillet, 2004, p. 112.

⁷⁵⁰ CHILLÓN MEDINA; MERINO MERCHÁN, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, cit., p. 695, N. 1159: “la parte que ha reconocido de facto la representación con que se actúa por la otra no podrá plantear el supuesto de incapacidad en el curso del procedimiento arbitral, como ha sido sentado por una serie de principios aceptados internacionalmente (doctrina de LIZARDI en Francia), o de otros principios vigentes en la práctica del arbitraje internacional, como el Estoppel, principio de los actos propios, principio de ignorancia inexcusable de la capacidad del co-contratante, etc”; veja-se também: DANIEL COHEN, note sous Cass. 1re civ. 30 oct. 2006, in *Revue de l’arbitrage*, 2008, N.º 2, p. 310.

⁷⁵¹ FOULARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, p. 298, N. 498.

⁷⁵² Sentença CCI n.º 1434/1975, *Clunet*, 1976.978, obs. YVES DERAIS; citado por DANIEL COHEN, *Arbitrage et Société*, cit., p. 281, n.º 537.

⁷⁵³ Na Alemanha, admite-se a vinculação do principal cujo poder de representação pode ser outorgado, quer por procuração negocial, quer por procuração aparente (resultante da comunicação do principal quando escreveu uma carta ao terceiro designando outrem como seu representante, e não lhe outorgou poderes de representação). A doutrina descarta a procuração tolerada que consiste numa procuração outorgada por comportamento concludente (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil – Teoria Geral*, Vol. II, Coimbra Editora, 2003, p. 270, nota de rodapé n.º 391).

envolver esse terceiro. Coloca-se aqui a questão da existência do consentimento da parte vinculada à arbitragem, sendo esta um instituto de natureza contratual⁷⁵⁴.

d) A sub-rogação

Refere-se ao caso em que a sociedade-mãe que não assinou a convenção de arbitragem é garante da execução pela sua filial do contrato por esta celebrado. No caso CIRDI, *Holiday Inn v. Marrocos*⁷⁵⁵, o tribunal arbitral decidiu que, na medida em que a sociedade-mãe havia executado as obrigações do contrato, a sub-rogação podia servir de base à extensão subjectiva dos efeitos da cláusula compromissória⁷⁵⁶. A sub-rogação é legal ou convencional.

e) A relação de agência

Algumas decisões proferidas no âmbito da CCI (v.g. *Bridas*⁷⁵⁷ e *Peterson Farms*) admitiram o direito do agente de invocar em seu proveito a cláusula arbitral inserida em qualquer outro contrato celebrado pelo principal. A doutrina interroga-se sobre se o agente deve ser considerado também vinculado pelos compromissos assumidos pelo principal no referido contrato. Por outro lado, em muitos casos não existe prova bastante de que as partes tenham de facto querido que o agente beneficie da cláusula arbitral. Não se encontram razões para que essa vontade das partes seja presumida⁷⁵⁸.

⁷⁵⁴ Sobre esta questão, vejam-se as reflexões preliminares do autor em: LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., 176-179.

⁷⁵⁵ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2006, p. 84.

⁷⁵⁶ Sentença CIRDI de 1 de Julho de 1973 “Holiday Inn vs. Marrocos”; *apud* DANIEL COHEN, *Arbitrage et Société*, cit., p. 281.

⁷⁵⁷ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions* ..., pp. 65-66: “On 30 September 2001, the District Court for the Southern District of Texas confirmed the awards. In relation to jurisdiction, the District Court apply the United States held that “Courts should not assume that the parties agreed to arbitrate arbitrability unless there is clear and unmistakable evidence that they did”. Applying that test, the District Court found no clear and unmistakable evidence that the parties agreed that the tribunal would determine its own jurisdiction, and therefore undertook an independent review of whether the Government was bound to arbitrate with Bridas. It found that the Government of Turkmenistan although non-signatory to the arbitration agreement, was bound to it under traditional principles of agency law, under an estoppel theory and under the *alter ego* and third-party beneficiary theories”.

⁷⁵⁸ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 579.

f) A conduta fraudulenta da parte não outorgante e a aplicação da doutrina do *lifting*, *alter ego doctrine*, *disregard of legal entity*, *piercing the corporate veil* ou *veil-piercing*⁷⁵⁹, *instrumentality doctrine*, *abus de droit*, *seizing through the corporation* ou *Durchgriff bei juristischer Personen*⁷⁶⁰

A conduta fraudulenta da parte não outorgante, o facto de esta ter o controlo inteiro da sociedade que celebrou a convenção de arbitragem, a necessidade de proteger terceiros, v.g., credores ou compradores ou de prevenir o não cumprimento de leis imperativas, justificam a extensão da cláusula compromissória, desconsiderando-se a personalidade jurídica da outra sociedade do grupo⁷⁶¹. Neste caso, considera-se que a parte não outorgante actuou como um *alter ego* da parte outorgante. No caso CCI n.º 3879 (*Westland helicopters*)⁷⁶², o tribunal arbitral desconsiderou a personalidade jurídica do grupo de sociedades constituído pelos países árabes, envolvendo-os no processo arbitral⁷⁶³. No caso CCI n.º 8385⁷⁶⁴, o tribunal arbitral decidiu aplicar a doutrina do *veil piercing*, tendo em conta a conduta fraudulenta da subsidiária por instigação da sociedade mãe⁷⁶⁵.

Segundo o Professor BERNARD HANOTIAU⁷⁶⁶, o recurso à teoria do levantamento do véu social ou desconsideração da personalidade jurídica tem sido mal

⁷⁵⁹ YARASLAU KRYVOI, “Piercing the Corporate Veil in International Arbitration”, in *The Global Business Law Review*, Vol. 1, Cleveland State University, 2011, p. 173: “In the context of international arbitration, piercing the corporate veil involves bringing in the parties that have not signed arbitration agreement. These could be parent companies, subsidiaries, private individuals, governmental and quasi-governmental entities, and states”.

⁷⁶⁰ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 575: “A number of authorities have concluded that a party that has not executed or otherwise directly assented to a contract containing an arbitration provision may nonetheless be bound by the provision, albeit only in exceptional cases, if that party is an “alter ego” of an entity that did execute the agreement. Phrased differently, an entity may be bound by an agreement (including an arbitration agreement) executed by a corporate affiliate if its ‘corporate veil’ is ‘pierced’, subjecting one party to the contractual and other liabilities of the first”; veja-se também: CHILLÓN MEDINA; MERINO MERCHÁN, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, cit., p. 696, N. 1161. Sobre a questão da desconsideração da personalidade jurídica, veja-se: MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Desconsideração da personalidade jurídica e ‘descapitalização’ da sociedade”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Julho-Dez. 2011, Almedina, 2012, pp. 173-211.

⁷⁶¹ BERNARD HANOTIAU, “Les groupes de sociétés dans l’arbitrage commercial”, cit., p. 119.

⁷⁶² In *Yearbook Com. Arb.*, 1984, pp. 138-141.

⁷⁶³ WILLIAM W. PARK, “Non-Signatories and International Arbitration”, cit., p. 749.

⁷⁶⁴ Decidido em 1995, *Journal de Droit International*, 1997, p. 1061.

⁷⁶⁵ WILLIAM W. PARK, “Non-Signatories and International Arbitration”, cit., p. 749.

⁷⁶⁶ BERNARD HANOTIAU, “Les groupes de sociétés dans l’arbitrage commercial”, cit., pp. 125 e 131-132.

empregue⁷⁶⁷. Quando o tribunal levanta o véu social, isto implica que os accionistas são doravante tidos pessoalmente como responsáveis pelas obrigações da sociedade. O seu campo de aplicação é, na maioria dos sistemas jurídicos, muito restrito. Aplica-se aos accionistas que exerceram um controlo total sobre a sociedade relativamente às operações comerciais em causa e tal controlo foi feito de modo a praticar actos fraudulentos que prejudicaram a parte que pretende obter o levantamento do véu social. Para o referido autor⁷⁶⁸, a aplicação da teoria do levantamento do véu social deve limitar-se a casos de fraude, abuso de direito e de violação das regras imperativas. Por conseguinte, a doutrina – sobretudo americana – tem usado mal esta teoria do “piercing the corporate veil”. Justificar a extensão da cláusula arbitral com base na teoria do levantamento do véu social não é correcto porque a consequência da acção visando o levantamento do véu é apenas dirigida contra os proprietários da sociedade, e não contra a sociedade. A extensão da cláusula arbitral não pode ser considerada como uma sanção do não signatário.

g) Os usos do comércio internacional

A *lex mercatoria* engloba hoje, entre outros, os usos e costumes do comércio internacional, os *Incoterms*, os modelos contratuais (v.g. da GAFTA)⁷⁶⁹, as “condições gerais”⁷⁷⁰, a jurisprudência arbitral⁷⁷¹ e os princípios gerais do Direito em matéria contratual (liberdade contratual, boa fé, *pacta sunt servanda*, *venire contra factum*

⁷⁶⁷ Veja-se: PEDRO CAETANO NUNES, “Anotação ao caso *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*”, cit., pp. 119-120; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Liability of corporate groups – Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German and EU law. An international and comparative perspective*, Boston/Deventer, Kluwer Law International, 1994, pp. 238, citado por Pedro Caetano Nunes, cit.

⁷⁶⁸ BERNARD HANOTIAU, “Les groupes de sociétés dans l’arbitrage commercial”, cit., p. 133.

⁷⁶⁹ Grain and Feed Trade Association (para a venda de cereias); veja-se: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “O Direito autónomo do comércio internacional em transição: a adolescência de uma nova *lex mercatoria*”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 847-886.

⁷⁷⁰ Veja-se: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “O Direito autónomo do comércio internacional em transição: a adolescência de uma nova *lex mercatoria*”, cit., pp. 847-886.

⁷⁷¹ “(...) a jurisprudência arbitral não constitui de per si uma fonte do Direito autónomo do comércio internacional em sentido técnico-jurídico. As decisões arbitrais não constituem precedente vinculativo, i.e., os tribunais arbitrais não estão formalmente vinculados a decidir em conformidade com as decisões arbitrais anteriormente proferidas em casos semelhantes. As soluções desenvolvidas pela jurisprudência arbitral só se positivam, só ganham validade normativa, quando integram um costume jurisprudencial. Para o efeito, é necessário que se forme uma convicção geral, no círculo dos interessados, de que essas soluções são juridicamente vinculantes” (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “O Direito autónomo do comércio internacional em transição: a adolescência de uma nova *lex mercatoria*”, cit., p. 859).

*proprium, restitutio in integrum, rebus sic stantibus*⁷⁷², *exceptio non adimpleti contractus, favor negotii, etc.*)⁷⁷³. Uma primeira corrente doutrinária defende a tese segundo a qual os usos do comércio internacional admitem a extensão da cláusula compromissória a sociedades não-signatárias⁷⁷⁴. Uma segunda corrente contesta essa tese, argumentando que a modificação dos princípios fundamentais da arbitragem voluntária pelos usos é uma pretensão algo exagerada⁷⁷⁵.

h) A boa administração da justiça

Uma certa doutrina defende que a boa administração da justiça justificaria a extensão da convenção de arbitragem a sociedades do grupo. Uma tal extensão evitaria decisões contraditórias quando diferentes processos têm uma conexão entre eles. Proceder à extensão da cláusula compromissória por razões de boa administração da justiça é questionável. Trata-se de uma solução que tende a ignorar completamente o consentimento das partes à arbitragem⁷⁷⁶, pilar fundamental da arbitragem voluntária. Será possível presumir o interesse das partes no sentido da extensão da convenção de arbitragem a sociedades do grupo? É neste âmbito um passo cujas consequências são imprevisíveis.

i) A aplicação da Cláusula da Nação Mais Favorecida

A Cláusula da Nação Mais Favorecida permitiu a extensão *ratione personae* da convenção arbitral contida num Tratado Bilateral de Investimento (TBI) a outro que não aquele invocado pelo interessado na arbitragem, no caso *Maffezini vs Reino de*

⁷⁷² Veja-se: FAUSTO DE QUADROS, *A protecção da propriedade privada pelo Direito Internacional Público*, Almedina, 2017, pp. 294-295.

⁷⁷³ Sobre a *lex mercatoria*, veja-se: RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Da Lei aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Almedina, 1990, p. 498-506; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “O Direito autónomo do comércio internacional em transição: a adolescência de uma nova *lex mercatoria*”, cit., p. 850; RODRIGUES, RICARDO A. CARDOSO, “As fontes da nova *lex mercatoria*: vias e reflexões”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, N.º 83, Setembro de 2015, p. 75.

⁷⁷⁴ LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 179; veja-se: OLIVIER CAPRASSE, “L’arbitrage et les groupes de sociétés”, in *L’arbitrage dans la vie des sociétés*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 195.

⁷⁷⁵ OLIVIER CAPRASSE, “L’arbitrage et les groupes de sociétés”, in *L’arbitrage dans la vie des sociétés*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 195.

⁷⁷⁶ LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 179; BERNARD HANOTIAU, “Les groupes de sociétés dans l’arbitrage commercial”, cit., p. 119.

*Espanha*⁷⁷⁷. A Espanha, contestando a competência do CIRDI, sustentou que tão-somente os aspectos substanciais do tratamento (*material economic treatment*), por oposição aos aspectos processuais, poderiam ser estendidos aos beneficiários de uma cláusula da nação mais favorecida. O tribunal arbitral acolheu o argumento de Maffezini, declarando-se competente para conhecer do litígio submetido à sua apreciação⁷⁷⁸. Se, de um ponto de vista puramente substancial, a cláusula da Nação Mais Favorecida tende a criar desigualdades entre Estados, uma vez que não permite distinguir entre Estados desenvolvidos e em desenvolvimento⁷⁷⁹, do ponto de vista processual ela permite aos nacionais de Estados em desenvolvimento (como no caso *Maffezini*) optar por um regime de solução de litígios mais favoráveis.

1.2.3. Conclusão

A jurisprudência francesa em matéria de extensão da cláusula arbitral no âmbito de grupos de sociedades revela, sem margem para dúvidas, uma clara manifestação do princípio de *favor arbitrandum*. Neste sentido também se pronuncia a Professora VAN DE CASTEELE⁷⁸⁰, para quem o princípio do favorecimento instaura uma dupla presunção de conhecimento e de aceitação da cláusula compromissória baseada no envolvimento do não-signatário na execução do contrato contendo a cláusula. O consentimento fica, então, totalmente objectivado e depurado de qualquer elemento

⁷⁷⁷ Veja-se: CLAIRE CRÉPET DAIGREMONT, “Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l’investissement international”, in Ch. LEBEN (dir), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement*, Anthemis, 2006, pp. 126 e ss.; Disponível em <http://italaw.com/documents/Maffezini-Award-English.pdf>.

⁷⁷⁸ CLAIRE CRÉPET DAIGREMONT, “Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l’investissement international”, cit., p. 127. Uma análise dos diferentes TBI rubricados por Angola revela a existência de uma cláusula idêntica para o recurso aos mecanismos de arbitragem internacional, a qual estabelece a observância de um prazo de seis meses, contados da data em que uma das partes em diferendo o tiver suscitado.

⁷⁷⁹ CÉLINE BIGOT, “Faveur et clause de la nation la plus favorisée”, in *La faveur et le droit*, Gilles J. Guglielmi (Dir.), PUF, 2009, p. 394: “En effet, comme l’a souligné la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement en 1978, ‘le principe de la nation la plus favorisée ne tient pas compte, en fait, des inégalités de structure économique et des niveaux de développement qui existent dans le monde. Le traitement égal de pays qui sont économiquement inégaux est une réalité de puré forme et n’est autre, en fait, qu’une inégalité’. Autrement dit, placer tous les États sur un pied d’égalité conduit à ne plus distinguer entre pays développés et pays en développement. Ces derniers voient alors leurs recettes d’exportation diminuer au détriment du développement de leur industrialisation et de leur croissance”.

⁷⁸⁰ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 257; veja-se também: ANNE-CAROLE CREMADES, “El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización”, cit., p. 42.

subjectivo. Em regra, o consentimento afere-se na formação do negócio jurídico (contrato), e não no momento da sua execução. E, por outro, o silêncio não vale consentimento em Direito civil. A jurisprudência francesa nesta matéria justifica-se pela aplicação do princípio do *favor arbitrandum*.

A jurisprudência suíça fundamenta a extensão da cláusula arbitral a não-signatários no âmbito de grupos de sociedades por aplicação do princípio da boa fé. A aplicação de um princípio jurídico não impede a possibilidade de aplicação de um outro princípio. É nossa opinião que, no âmbito da extensão da cláusula arbitral, o liberalismo que o Tribunal Federal suíço recorda no seu acórdão de 2003, em matéria da arbitragem internacional, sugere em última instância a aplicabilidade do princípio do *favor arbitrandum*.

Se a jurisprudência internacional se mostra favorável à extensão da cláusula arbitral às sociedades do mesmo grupo, tal solução, em vários ordenamentos jurídicos como o angolano ou o português, depara-se com a questão da falta de consentimento das partes⁷⁸¹. Tratando-se de uma arbitragem realizada ao abrigo da LAV ou da LAVP, a sociedade a quem se pretende “estender” a cláusula arbitral poderá contestar tal facto, invocando a falta do seu consentimento à arbitragem⁷⁸².

O Professor LEBRE DE FREITAS⁷⁸³ pronuncia-se em termos inequívocos a este respeito: “(...) repugna à minha consciência de jurista que se possa vir a sujeitar a uma convenção de arbitragem sociedades diversas daquelas que a subscreveram, ainda que tenham tido um papel essencial na decisão de celebrar a convenção que não assinaram ou no cumprimento do contrato em que ela foi inserida. Não quer isto dizer que eu permaneça insensível a situações de abuso de direito e de actuações contrárias à boa fé”.

⁷⁸¹ Veja-se também: OLIVIER CAPRASSE, “L’arbitrage et les groupes de sociétés”, cit., pp. 210-211.

⁷⁸² No Regulamento do CEPANI, o artigo 9.º (Multiple parties) prevê que: “An arbitration may take place between more than two parties when they have agreed to have recourse to arbitration under the CEPANI Rules. (...)”.

⁷⁸³ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Intervenção de Terceiros em processo arbitral”, in *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, 2010, p. 196.

2. Extensão *ratione materiae* da convenção de arbitragem

2.1. Tipos de litígios abrangidos pela convenção de arbitragem

I. Admite-se a extensão da convenção de arbitragem aos litígios baseados na *culpa in contrahendo*, na responsabilidade não contratual, no enriquecimento sem causa, na gestão de negócios, aos litígios relacionados com a formação, cumprimento e cessação do contrato principal. A esse respeito, a doutrina e a jurisprudência consideram mais abrangente a fórmula “*disputes arising in connection with this agreement*” do que “*disputes arising under this agreement*”⁷⁸⁴. Para os Professores KAUFMANN-KOHLER e RIGOZZI⁷⁸⁵, basta a simples indicação “todos os litígios resultantes do presente contrato” para conferir ao tribunal arbitral uma competência ampla que compreenda (i) a sua formação, (ii) a validade e as consequências da sua invalidade, (iii) os seus efeitos, (iv) a sua duração, (v) a sua violação, (vi) a sua cessação e as consequências jurídicas inerentes.

II. No caso CCI n.º 5477 (1988)⁷⁸⁶, o Tribunal arbitral teve de se pronunciar sobre a arbitrabilidade de pedidos com fundamento na responsabilidade delitual. Depois de um longo período de negociações, uma sociedade italiana assumiu contratualmente produzir alguns bens e vendê-los a uma sociedade americana, proprietária da marca. O contrato foi concluído por um período inicial de 5 anos, automaticamente renovável por períodos de 2 anos, se nenhuma das partes o denunciar com antecedência de 6 meses antes do fim do prazo de renovação. O contrato foi sujeito à lei do Estado de New Hampshire e continha uma cláusula arbitral. Depois de algum tempo, surgiu um litígio entre as partes, tendo a sociedade italiana tomado a iniciativa de desencadear o procedimento arbitral. Entretanto, na sua contestação, a sociedade americana formulou uma reconvenção baseada na responsabilidade contratual e delitual. O Tribunal arbitral decidiu que “ (...) *these claims are so closely interlinked that they are both within the jurisdiction of the tribunal conferred by (the arbitration agreement) of the contract. Indeed, in order to assess damages properly, and to avoid*

⁷⁸⁴ Arrêt 4A_220/2007 du 21 septembre 2007, consid. 6.2, *Bull. ASA*, 2008, pp. 742 e 752; *apud* G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 138.

⁷⁸⁵ G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 137.

⁷⁸⁶ In *Journal de Droit International*, 1988, p. 1204.

overlapping, it is unavoidable to consider both claims together. They depend upon the same set of facts and no objection was raised by either party to the jurisdiction of the tribunal in respect of them. They are included in the Terms of Reference”.

Os argumentos retidos pelo Tribunal arbitral são: a não objecção das partes, a incorporação dos pedidos com fundamento na responsabilidade extra-contratual na Acta de missão e a conexão dos pedidos (delitual e contratual).

No caso CCI n.º 5579 (1988)⁷⁸⁷, o árbitro único chamado a pronunciar-se sobre dois pedidos de natureza delitual, reteve a sua conexão com o contrato para admitir a sua arbitrabilidade. Segundo ele: *“Each of (the) claims pertains directly to the performance of the contracts. The arbitrator finds that these claims is sufficiently related to the subject matter of the contracts to be considered as ‘arising under’ them within the meaning of the contractual arbitration clauses ... Hence, the arbitrator finds that he has jurisdiction to consider them”*⁷⁸⁸.

No caso CCO vs. Scamarck (2014)⁷⁸⁹, a cláusula compromissória acordada em 2006 previa a intervenção do tribunal arbitral em relação aos litígios nascidos a propósito da validade, da interpretação, da execução ou inexecução, da interrupção ou rescisão do contrato em causa. Foi assim redigida: *“Les différends qui viendraient à naître à propos de la validité, de l’interprétation, de l’exécution ou de l’inexécution, de l’interruption ou de la résiliation du présent contrat”*. O Tribunal de Apelação de Paris decidiu, por acórdão de 1 de Julho de 2014 (*Conserveries des Cinq Océans (CCO) c. Scamarck*), incluir na cláusula compromissória não apenas os litígios nascidos do contrato, mas igualmente os que se relacionam com o referido contrato, permitindo a avaliação do *quantum* indemnizatório, tendo em conta as relações iniciadas em 1993, período anterior ao contrato no qual estava inserida a cláusula compromissória. Trata-se, de acordo com ROMAIN DUPEYRE⁷⁹⁰, de um exemplo evidente do *favor arbitrandum*, que permite dar efeito a uma cláusula compromissória numa situação à qual não se aplica.

⁷⁸⁷ In *Journal de Droit International*, 1988, p. 1206, note G.A.A.

⁷⁸⁸ In *Journal de Droit International*, 1988, p. 1206, note G.A.A.

⁷⁸⁹ ROMAIN DUPEYRE, “La Cour d’Appel de Paris confirme et étend l’arbitrabilité des litiges fondés sur la rupture de relations commerciales établies”, note sous Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 1er juillet 2014”, in *Revue de l’arbitrage*, 2015, N.º 1, p. 148.

⁷⁹⁰ ROMAIN DUPEYRE, “La Cour d’Appel de Paris confirme et étend l’arbitrabilité des litiges fondés sur la rupture de relations commerciales établies”, cit., p. 148.

Uma sentença arbitral datada de 24 de Junho de 1997, publicada no *Journal des Tribunaux belga*⁷⁹¹, decidiu que “*La clause d’arbitrage suivant laquelle ‘tout différend à propos de l’interprétation ou de l’exécution (du contrat) sera définitivement tranché par un collège de trois arbitres’, peut être interprétée comme visant la question de la validité de la convention. Le principe de base est en effet celui de la recherche de la volonté commune des parties. À cet égard, les conventions d’arbitrage ne sont pas soumises à des principes d’interprétation dérogatoires du droit commun*”.

Uma sentença arbitral *ad hoc*, proferida na Bélgica, em 26 de Junho de 1997⁷⁹², visava determinar se a cláusula arbitral relativa aos diferendos sobre a interpretação ou a execução do contrato cobria também os litígios relativos à sua validade. Para o tribunal arbitral, impunha-se a procura da vontade comum das partes e não apenas uma interpretação literal dos termos do contrato⁷⁹³. O comentário da Professora JACQUELINE LINSMEAU⁷⁹⁴ merece destaque. Para a referida autora, o preenchimento

⁷⁹¹ In *Journal des Tribunaux*, 1999, p. 192; veja-se: OLIVIER CAPRASSE, *Arbitrage et médiation*, Georges de Leval (Dir. scient.), La Chartre, 2012, p. 33.

⁷⁹² Sentence *ad hoc* rendue en Belgique, 26 juin 1997, in *Revue de l’arbitrage*, 1999, N.º 3, pp. 685-690.

⁷⁹³ “17. Il s’agit (...) de rechercher la volonté commune des parties, au-delà du sens littéral des termes. Une lecture plus attentive du texte lui-même permet une interprétation moins restrictive. À cet égard, le tribunal arbitral convient avec la demanderesse que la référence faite par la clause à ‘tout différend’ qui naîtrait ‘à propos de’ l’interprétation ou de l’exécution du contrat invite à une compréhension plus large qu’une formule qui définirait la compétence des arbitres en termes d’ ‘actions en interprétation ou en exécution’ du contrat. Si techniquement, l’action introduite est une action en nullité, le désaccord des parties (le ‘différend’ en cause) porte à la fois sur l’exécution du contrat et sur l’interprétation du contrat et sur l’interprétation de celui-ci (...)

18. Le différend porte sur l’exécution du contrat, car celui-ci, par le fait de l’arrêt rendu par ..., n’a pas été exécuté de la manière que les parties avaient prévue. L’annulation de l’article ... a permis aux défenderesses d’obtenir pour le rachat de leurs parts un prix plus élevé que celui qui avait été convenu.

19. Le différend porte aussi et surtout sur l’interprétation du contrat. L’objet essentiel du litige est en effet de déterminer si l’article ..., annulé par ..., constituait avec le reste de la convention un tout indivisible. Il s’agit d’apprécier la place plus ou moins étendue occupée par cette disposition dans l’économie générale du contrat, ce qui constitue certainement un problème d’interprétation.

Il n’y a d’ailleurs pas de pure action en interprétation. Comme le souligne à juste titre la demanderesse, juges et arbitres n’ont pas compétence pour délivrer des consultations in abstracto, en l’absence d’un litige né ou à naître (Cass. 12 juin 1919, Pas., 1919, I, 156, et les conclusions de P. Leclercq; Rapport Van Reepinghen, pp. 40 et 42). Une question d’interprétation se greffe nécessairement sur un litige relatif à la formation, à l’exécution ou à l’extinction du contrat. Comme la clause arbitrale fait déjà référence aux différends relatifs à l’exécution du contrat, la référence conjointe aux différends relatifs à l’interprétation ne peut que viser d’autres types de litiges, notamment ceux où le problème d’interprétation se pose dans le cadre d’une action en nullité. Une autre lecture de la clause, restreignant la compétence des arbitres aux problèmes d’interprétation relatifs à l’exécution du contrat, priverait de tout effet utile la référence distincte faite aux différends relatifs à l’interprétation (...) Inversement, une action en nullité ne peut être considérée abstraction faite des moyens sur lesquels elle repose (...).”

⁷⁹⁴ JACQUELINE LINSMEAU, note sous Sentence *ad hoc* rendue en Belgique, 26 juin 1997, in *Revue de l’arbitrage*, 1999, N.º 3, p. 692.

da lacuna deve partir dos elementos extrínsecos ao contrato para apreender a vontade comum das partes, tal como procederam os árbitros no caso em apreço⁷⁹⁵. Deve-se, segundo esta autora, proceder ao desmembramento da cláusula e, a seguir, à sua reconstituição sob a forma de um silogismo rigoroso sustentado por elementos extrínsecos à convenção litigiosa para encontrar o fundamento da competência dos árbitros⁷⁹⁶. Parece, em definitivo, segundo a mesma autora⁷⁹⁷, muito arriscado proceder ao preenchimento da lacuna *in favorem arbitrandum*, partindo do princípio de que qualquer dúvida em relação à extensão das questões arbitráveis deva ser resolvida a favor da arbitragem. O simples silêncio do texto não permite favorecer um modo de solução de diferendos em detrimento de outro⁷⁹⁸.

III. A extensão do alcance da convenção de arbitragem aos litígios que se baseiam na *culpa in contrahendo*, na responsabilidade delitual, no enriquecimento sem causa, na gestão de negócios ou relacionam-se com questões específicas não directamente previstas na convenção de arbitragem, resulta da interpretação da vontade das partes⁷⁹⁹, devendo ser feita de acordo com o princípio de *favor arbitrandum*. Partilham essa posição os Professores KAUFMANN-KOHLER e RIGOZZI⁸⁰⁰, para quem o alcance objectivo ou *ratione materiae* da convenção de arbitragem é função da interpretação da vontade das partes e deve ser feita *in favorem arbitri* ou *in favorem validitatis*.

⁷⁹⁵ JACQUELINE LINSMEAU, note sous Sentence *ad hoc* rendue en Belgique, 26 juin 1997, cit., p. 692.

⁷⁹⁶ JACQUELINE LINSMEAU, note sous Sentence *ad hoc* rendue en Belgique, 26 juin 1997, cit., p. 692.

⁷⁹⁷ JACQUELINE LINSMEAU, note sous Sentence *ad hoc* rendue en Belgique, 26 juin 1997, cit., p. 692.

⁷⁹⁸ JACQUELINE LINSMEAU, note sous Sentence *ad hoc* rendue en Belgique, 26 juin 1997, cit., p. 692.

⁷⁹⁹ TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1029 – Definition”, in Patricia Nacimiento; Stefan Michael Kröll, *et al.* (eds), *Arbitration in Germany – The Model Law in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, p. 91.

⁸⁰⁰ G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., pp. 136-137.

2.2. Extensão da convenção de arbitragem no âmbito de grupos de contratos

Nas relações comerciais com alguma complexidade, as partes celebram, em regra, diferentes acordos para o conjunto de situações que derivam dessas relações⁸⁰¹. Existe, na maioria de casos, um acordo de princípio, complementado por vários acordos mais específicos. Algumas emendas podem surgir e serão concretizadas em adendas, tratando-se de relações contratuais duradouras⁸⁰². Por exemplo, os contratos de *Joint-ventures* internacionais colocam problemas relacionados com o âmbito de aplicação da convenção de arbitragem⁸⁰³. Uma *Joint-venture* implica, em regra, vários contratos para concretização do projecto, isto é, o acordo de base e um ou vários acordos-satélites⁸⁰⁴. Essa multiplicidade de fontes contratuais pode provocar sérias dificuldades práticas, v.g., a determinação do alcance de uma cláusula compromissória contida num dos contratos, mas não noutros. Uma primeira forma de resolver a questão é o mecanismo da incorporação da cláusula arbitral por referência. Uma segunda é considerar a unidade económica e legal dos diferentes contratos. Os grupos de contratos definem-se através da sua unidade ou relação económica, ou ainda pela sua dependência funcional. O liame de carácter económico entre eles pode ser usado para identificar uma operação económica única⁸⁰⁵.

2.2.1. Ampla admissão da extensão da cláusula arbitral segundo o critério da unicidade da operação económica

I. A jurisprudência francesa é favorável à extensão da cláusula arbitral no âmbito de grupos de contratos, quer tais contratos sejam acessórios ou simplesmente conexos. Um acórdão do Tribunal de Cassação francês, de 5 de Março de 1991⁸⁰⁶,

⁸⁰¹ POUDRET; BESSON, *Droit Comparé de l'Arbitrage International*, cit., p. 283, N. 308; *Comparative Law of International Arbitration* ..., p. 268, N. 308.

⁸⁰² POUDRET; BESSON, *Droit Comparé de l'Arbitrage International*, cit., p. 283, N. 308; *Comparative Law of International Arbitration* ..., p. 268, N. 308.

⁸⁰³ MATTHIEU DE BOISSÉSON, “*Joint-venture internationale et arbitrage*”, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Lextenso, 2015, p. 62.

⁸⁰⁴ MATTHIEU DE BOISSÉSON, “*Joint-venture internationale et arbitrage*”, cit., p. 62.

⁸⁰⁵ ROBERT GAGO; WANDERLEY FERNANDES, “Extensão objetiva da cláusula arbitral”, cit., p. 37.

⁸⁰⁶ BERNARD HANOTIAU, *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*, cit., p. 134.

decidiu a favor da extensão porque o segundo contrato simplesmente complementava o primeiro, de tal modo que ambos os contratos formavam um todo único, estendendo a cláusula compromissória contida num primeiro contrato ao segundo. No caso, as partes haviam celebrado um contrato de compra e venda de acções, contendo uma cláusula arbitral. Dois meses depois, as mesmas partes celebraram outro contrato acerca do débito do vendedor e este segundo contrato não continha cláusula arbitral.

Num outro caso, um contrato de distribuição exclusiva havia sido celebrado entre duas empresas e continha a cláusula compromissória. Tendo surgido um litígio entre as partes, celebraram um segundo contrato sobre o pagamento de comissões ao distribuidor em relação às vendas realizadas fora do âmbito do contrato de distribuição. Surgiu então um novo litígio relacionado com o segundo contrato. Entretanto, este último contrato não continha uma cláusula compromissória. O Tribunal de Comércio de Bobigny entendeu que era competente, pois tratava-se de operações diferentes, não existindo uma acessoriedade do segundo contrato em relação ao primeiro. O Tribunal de Cassação francês, por acórdão datado de 14 de Maio de 1996, anulou essa decisão e entendeu que o segundo contrato surgiu em consequência do incumprimento do primeiro e, por conseguinte, era acessório do primeiro⁸⁰⁷.

Sempre na mesma linha de orientação, o Tribunal de Apelação de Paris decidiu, num acórdão de 2002, a favor da extensão da cláusula contida num contrato a outro, uma vez que *“Ils concernent une opération économique unique qui concourt au même objet (...); les parties n’ayant rien prévu dans le second contrat concernant d’éventuels différents, et cette convention ayant été signée un mois après celle renfermant la clause compromissoire, le silence des parties, en l’absence de toute clause contraire, doit être interprété comme l’expression de leur commune volonté de soumettre un éventuel litige à l’arbitrage”*⁸⁰⁸.

Outrossim, o Tribunal de Cassação francês afirmou em 2004, no caso *Ouralkali*, que *“Par une appréciation souveraine de la clause d’arbitrage dont les termes très généraux imposaient l’interprétation, a estimé que les deux contrats étant indissociables en vue d’assurer la viabilité économique de l’opération et que la soumission à l’arbitrage concernait tous les litiges et divergences pouvant naître du*

⁸⁰⁷ Cass. 1re civ., 14 mai 1996, *apud* BERNARD HANOTIAU, *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*, cit., pp. 133-134.

⁸⁰⁸ CA Paris, 21 février 2002, *Revue Trimestrielle de Droit Commerciale*, 2002, p. 277, obs. É. Loquin; *Revue de l’arbitrage*, 2002, pp. 213 e 255, note F.-X. Train.

contrat de coopération ou en liaison avec celle-ci, (...) de sorte que la clause était tacitement mais nécessairement incluse”⁸⁰⁹.

II. A doutrina suíça defende a extensão da cláusula arbitral contida no contrato de base aos contratos acessórios ou anexos. Autores suíços⁸¹⁰ são favoráveis à extensão do alcance da convenção arbitral aos contratos acessórios. Segundo KAUFMANN-KOHLER e RIGOZZI⁸¹¹: “*La portée d’une convention d’arbitrage insérée dans un contrat s’étend en principe aux contrats accessoires ou annexes, à moins que ceux-ci ne contiennent une clause de résolution des litiges de contenu différent*”. O Tribunal do distrito de Bülach considerou que a cláusula arbitral contida no contrato principal estendia-se a um diferendo resultante de uma adenda respeitante ao imóvel, objecto do contrato principal⁸¹².

2.2.2. Recusa da extensão da cláusula arbitral na falta de consentimento das partes

III. No Direito angolano, a extensão da cláusula compromissória no âmbito de grupos de contratos levanta a questão do consentimento das partes. Não existe consentimento à arbitragem nos contratos de grupo onde não constem cláusulas compromissórias. A extensão da cláusula arbitral que figura num dos contratos do grupo a outros pode ser contestada com o argumento da falta de consentimento das partes visando derrogar à justiça estadual a solução de litígios resultantes dos mesmos.

IV. Em Portugal, o Tribunal da Relação de Coimbra⁸¹³ decidiu, no caso *Intermarché*, sobre a possibilidade da extensão da cláusula compromissória, inserida

⁸⁰⁹ Cass. 1re civ., 30 mars 2004, *Ouralkali*, *Bull. civ.*, I, n.º 95; veja-se também: C. Versailles (12e sect. 2), 15 septembre 2005, *Flakt Solyvent c. ABB – RG 05/02131* in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Editions A. Pedone, 2008, pp. 551-552. Em matéria de grupo de contratos, o acórdão afirma que “*Les deux conventions sous l’angle de celle d’intégration fiscale, fondement de la demande de la société Flakt Solyvent Ventec, participant d’une même opération économique et, en tout cas, elles présentent de nombreux liens entre elles*”.

⁸¹⁰ G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 138, N. 257.

⁸¹¹ G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 138, N. 257.

⁸¹² POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 285, N. 310; *Comparative Law of International Arbitration* ..., p. 270, N. 310.

⁸¹³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19-12-2012, Proc. n.º 477/11.8TBACN.C1. Disponível em www.dgsi.pt.

num dos contratos, aos dois restantes, numa situação em que o pedido e a causa de pedir impunham que o Tribunal apreciasse os três contratos entre partes distintas, sendo eles interdependentes de tal forma que a declaração de nulidade de qualquer um deles se repercutia em cada um dos outros contratos. O Tribunal da Relação de Coimbra entendeu no seu acórdão datado de 19 de Dezembro de 2012 que não fazia sentido remeter para a apreciação do tribunal arbitral o único dos três contratos em que existia cláusula compromissória, quando uns estão dependentes dos outros. Atento o disposto no n.º 1 do artigo 96.º do CPC, sendo o tribunal judicial competente em razão da matéria para o conhecimento de todas as questões suscitadas pelas partes nos autos, e existindo uma união de contratos bilateralmente dependentes, será também o mesmo competente para conhecimento de questões relativas ao único dos três contratos, cujos litígios as partes haviam acordado submeter ao tribunal arbitral, por via da extensão de competência prevista no citado preceito legal.

Diferentemente, e existindo uma clara relação de acessoriedade, a jurisprudência portuguesa tende a admitir a extensão dos efeitos da cláusula arbitral contida no contrato principal aos demais contratos que participam da função e utilidade económica. Assim, num acórdão datado de 9 de Setembro de 2015, o Supremo Tribunal de Justiça português, decidiu que “a conexão funcional e económica entre um contrato-quadro e os contratos sucessivamente celebrados entre as partes sob cobertura daquela conduz a que apesar da autonomia jurídico-formal dos contratos, a convenção de arbitragem estipulada no âmbito da primeira relação contratual quadro se encontre incluída na genérica “represtinação” dos efeitos desse primeiro contrato, operada aquando da celebração dos subsequentes”⁸¹⁴. Prosseguiu afirmando que “a convenção de arbitragem abrange toda a conflitualidade prática e jurídica compromissória decorrente tanto do contrato-quadro (*master agreement*) como das operações financeiras a estabelecer entre as partes no desenvolvimento e sob cobertura desse contrato-quadro nela se incluindo nos termos contratuais tanto as permutas financeiras (*swaps*) como de taxas de juro (*Interest rate swaps*)”⁸¹⁵.

Em acórdão datado de 5 de Novembro de 2015, o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu *in verbis*: “Se um contrato-quadro prevê uma cláusula compromissória e não

⁸¹⁴ STJ 9-7-2015, Proc. 1770/13.1TVLSB.L1.S1, in D. MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3ª Ed., cit., p. 232.

⁸¹⁵ STJ 9-7-2015, Proc. 1770/13.1TVLSB.L1.S1, in D. MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3ª ed., rev. e atualizada, Almedina, 2017, p. 232.

refere expressamente que a mesma se aplica exclusivamente às questões suscitadas pela interpretação do seu clausulado, tem que se ler, necessariamente, que se está a querer constituir essa regra também de enquadramento, logo aplicável ao conjunto de contratos celebrados a jusante e a sua égide”⁸¹⁶.

Seguindo esta jurisprudência, o Tribunal da Relação do Porto julgou: “Tendo as partes celebrado um ‘contrato-quadro’ (*master agreement*), no âmbito do qual estipularam que o mesmo se destinava ‘a regular as condições gerais a que estão sujeitas todas as operações financeiras a estabelecer doravante entre as Partes, sejam elas do mesmo tipo ou natureza jurídica ou de tipo ou natureza diferente’, deverá entender-se que visaram aplicar as cláusulas do referido contrato ao ‘Contrato de Permuta de Taxa de Juro (*Interest Rate Swap*)’ que celebraram mais tarde”⁸¹⁷.

V. Nos Estados Unidos da América, o Supremo Tribunal Federal afirmou, no caso *EEOC v. Waffle House, Inc.* (2002)⁸¹⁸ que a análise do FAA do ponto de vista histórico levava a concluir que a legislação não autorizava o Tribunal a remeter à arbitragem as questões ou as partes não abrangidas pela convenção. É incontestável que o FAA visa reverter a longa hostilidade dos tribunais judiciais contra as convenções arbitrais e colocar as convenções arbitrais em pé de igualdade com os demais contratos, incluindo os contratos laborais⁸¹⁹. Por conseguinte, o FAA manifesta a política federal de favorecimento em relação às convenções arbitrais. Não obstante essa vontade do legislador federal americano, o tribunal observou que quando uma convenção de arbitragem não é ambígua, os termos contratuais, e não os objectivos do FAA, deverão determinar o âmbito dos litígios sujeitos à arbitragem⁸²⁰.

⁸¹⁶ Tribunal da Relação de Lisboa, 5.11.2015, Proc. n.º 1934/12.5TBCSC-AL1-1, in D. MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3ª ed., rev. e atualizada, Almedina, 2017, p. 239.

⁸¹⁷ 13.4.2015, Proc. n.º 471/14.8TVPR.T1, in D. MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3ª ed., rev. e atualizada, Almedina, 2017, p. 243.

⁸¹⁸ 534 U.S. 279 (2002); JAIME DODGE BYRNES; ELIZABETH POLLMAN, “Arbitration, Consent and Contractual: The implications of *EEOC v. WAFFLE HOUSE*”, in *Harvard Negotiation Law Review*, Spring 2003, p. 289.

⁸¹⁹ JAIME DODGE BYRNES; ELIZABETH POLLMAN, “Arbitration, Consent and Contractual: The implications of *EEOC v. WAFFLE HOUSE*”, cit., p. 289.

⁸²⁰ JAIME DODGE BYRNES; ELIZABETH POLLMAN, “Arbitration, Consent and Contractual: The implications of *EEOC v. WAFFLE HOUSE*”, cit., p. 289.

2.2.3. Admissão restrita da extensão da cláusula arbitral no âmbito de contratos-quadro ou de base

VI. No Brasil, num dado caso, foram celebrados dois contratos de compra e venda de algodão contendo um deles uma cláusula compromissória para submissão dos litígios à arbitragem perante a London Cotton Association (LCA). Em sede de homologação da sentença arbitral, o Supremo Tribunal Federal, em julgado datado de 13 de Junho de 2002, negou a possibilidade da extensão da cláusula arbitral. Segundo o Ministro Relator MAURÍCIO CORRÊA: “tal possibilidade (de submeter o conflito à arbitragem), aplicável aos conflitos envolvendo interesses disponíveis, traduz-se, na realidade, em exclusão da jurisdição estatal. Deve, por isso mesmo, diante da sua excepcionalidade e importância, revestir-se de expressa e manifesta vontade dos contratantes, na forma do que estabelecem os artigos 4.º, 5.º e 6.º da Lei n.º 9.307/1996”. Por outro lado, o Ministro entendeu que “a concordância com a cláusula arbitral deve se dar de modo ‘formal e acabado’ e que, no caso sob análise, não tendo as partes assinado o contrato, nem havendo troca de correspondências, ou ‘quaisquer outros documentos que a tornem expressa’, não se poderia reconhecer a existência da cláusula ou a concordância da parte (...)”⁸²¹.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem desenvolvido um entendimento a favor da extensão da cláusula compromissória no âmbito de contratos coligados, ainda que o segundo contrato contenha uma cláusula de eleição de foro comum. Num primeiro caso, tratava-se de contratos “*swap*” coligados a um contrato principal de abertura de crédito. O contrato principal continha uma cláusula arbitral, e os restantes uma cláusula de jurisdição estadual. O Tribunal decidiu, em acórdão datado de 3 de Julho de 2014, que: “se o contrato principal de empréstimo reflete verdadeira condição *sine qua non* da existência daqueles de ‘swap’, que lhe são meros anexos ou acessórios, a cláusula compromissória do contrato principal se estende ao acessório coligado (...) Enfim, para alcance desse domínio comum do conjunto dos contratos, tem de prevalecer a vontade das partes no sentido de que os conflitos emergentes do contrato (de todos os contratos conexos) sejam submetidos à arbitragem. Submeter as questões emergentes do contrato de ‘Swap’ à jurisdição estatal, conforme defende a autora,

⁸²¹ ROBERT GAGO; WANDERLEY FERNANDES, “Extensão objetiva da cláusula arbitral”, cit., p. 48.

consistiria visível afronta àquela vontade cristalina das partes de arbitralizar os conflitos emergentes do negócio jurídico realizado (...)”.⁸²²

Num outro caso, dois contratos haviam sido celebrados: um contrato de seguro (principal) e um segundo acessório denominado “Termo de Acordo de Negócios”, contendo o primeiro uma cláusula compromissória, e o segundo não. Entendeu a Relatora Desembargadora ROSA MARIA DE ANDRADE NERY que sendo o contrato principal um contrato-quadro e o segundo um mero acessório, todas as questões litigiosas devem ser remetidas à arbitragem⁸²³. Para ROBERT GAGO e WANDERLEY FERNANDES⁸²⁴, “essa solução está em linha com os princípios do ‘favor arbitragem’ e da boa fé objetiva, ambos agasalhados pelo ordenamento jurídico pátrio, bem como com a disciplina que vem sendo dada aos contratos coligados (inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, que, como já dito, tem admitido a extensão de determinadas cláusulas em contratos coligados). O princípio ‘favor arbitragem’, como visto, impõe que, na dúvida sobre a extensão exata da cláusula arbitral, deve-se adotar aquele entendimento que mais favoreça a arbitragem, de modo que, ainda que não haja manifestação expressa e inequívoca das partes a favor da adoção da arbitragem como meio de solução de suas controvérsias, seja possível submeter os litígios à arbitragem nos casos que poderiam ser classificados como ‘zonas cinzentas’”.

VII. Em Espanha, até finais dos anos 80, a doutrina da extensão da cláusula arbitral no âmbito de grupo de contratos não era seguida pela jurisprudência espanhola com o argumento de que os árbitros não podiam resolver matérias não submetidas à arbitragem. Assim, os tribunais espanhóis consideravam que a cláusula arbitral apenas surtia os seus efeitos no âmbito do contrato em que se insere⁸²⁵. A jurisprudência tem insistido na manifestação do consentimento das partes à arbitragem⁸²⁶.

⁸²² Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação n.º 0002163-90.2013.8.26.0100, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto dos Santos, J. 03.07.2014; *apud* ROBERT GAGO; WANDERLEY FERNANDES, “Extensão objetiva da cláusula arbitral”, cit., p. 48.

⁸²³ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação n.º 0018814-07.2010.8.26.0068, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel.ª des.ª Rosa Maria de Andrade Nery, J. 31.03.2014; *apud* ROBERT GAGO; WANDERLEY FERNANDES, “Extensão objetiva da cláusula arbitral”, cit., p. 49.

⁸²⁴ ROBERT GAGO; WANDERLEY FERNANDES, “Extensão objetiva da cláusula arbitral”, cit., p. 49.

⁸²⁵ CHILLÓN MEDINA; MERINO MERCHÁN, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, cit., p. 181, N. 297.

⁸²⁶ IGNACIO ESTEBAN MONASTERIO *et al.*, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 61.

VIII. Na doutrina alemã⁸²⁷, a extensão da cláusula arbitral no âmbito de grupos de contratos depende das circunstâncias do caso. Quando dois contratos estiverem muito interligados, a cláusula arbitral constante dum contrato poderá ser estendida ao outro. Tal foi a decisão do Tribunal Regional de Munique⁸²⁸, num caso em que a cláusula arbitral constava num contrato sobre o financiamento de processos judiciais, quando o litígio surgiu em relação ao contrato de empréstimo sobre o produto futuro do crédito.

O Regulamento da *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* prevê no artigo 17.º que as acções resultantes de, ou relacionados com mais de um contrato poderão ser decididas num único procedimento arbitral, se todas as partes aderiram à arbitragem. Qualquer controvérsia sobre se todas as partes aderiram, quando não exista um acordo escrito expresso para esse efeito, será decidida pelo tribunal arbitral. Quando as acções arbitrais derivam de mais de uma convenção de arbitragem, poderão ser decididas num único procedimento arbitral, se tais convenções arbitrais são compatíveis. Qualquer controvérsia sobre se tais convenções arbitrais são compatíveis serão decididas pelo tribunal arbitral⁸²⁹.

IX. A doutrina belga, recorrendo à jurisprudência da *Cour de Cassation* francesa, admite a extensão da cláusula arbitral no âmbito de grupos de contratos quando se está em presença de um contrato de base ou contrato-quadro que procede à enunciação dos princípios que serão posteriormente detalhados em acordos particulares⁸³⁰. Assim, se o contrato de base contém uma cláusula arbitral e os acordos

⁸²⁷ TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1029 – Definition”, cit., p. 91.

⁸²⁸ STEIN/JONAS-SCHLOSSER (2002), vor § 1025 para 19; ZÖLLER-GEIMER (2014), § 1030 para 6; *apud* TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1029 – Definition”, cit., p. 91.

⁸²⁹ “(1) Claims arising out of or in connection with more than one contract may be decided in a single arbitration (“Multi-Contract Arbitration”), provided that all of the parties to the arbitration have agreed thereto. Any dispute as to whether all of the parties have agreed thereto, in particular when there is no express agreement in writing to that effect, shall be decided by the arbitral tribunal. (2) When claims are made in reliance on more than one arbitration agreement, they may be decided in a single arbitration, provided that, in addition to the requirement set forth in Article 17.1, such arbitration agreements are compatible. Any dispute as to whether the arbitration agreements are compatible shall be decided by the arbitral tribunal, subject to Article 17.3.”.

⁸³⁰ GUY KEUTGEN; GEORGES-ALBERT DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, Tome I, Bruylant Bruxelles, 2006, p. 182, N. 173: “En revanche, la situation est plus difficile s’agissant de contrats qui se juxtaposent pour participer à une même opération économique ou de contrats qui sont la

particulares nada dispõem sobre o modo de resolução de litígios, tais litígios serão resolvidos nos termos da cláusula arbitral contida no contrato de base. Trata-se de contratos acessórios. No entanto, os Professores KEUTGEN e DAL⁸³¹ questionam, à luz do consensualismo que fundamenta o recurso à arbitragem, a extensão da cláusula arbitral no âmbito de grupos de contratos a contratos conexos.

X. Em Inglaterra, por decisão datada de 28 de Janeiro de 2000, o *Court of Appeal* inglês decidiu no caso *Al-Naimi v. Islamic Press* (2000)⁸³² que uma convenção de arbitragem abrangia o litígio resultante de obras adicionais respeitantes a um imóvel, objecto de contrato inicial, numa situação em que tais obras haviam sido encomendadas oralmente, sem qualquer precisão acerca do modo de resolução de diferendos entre as partes.

2.2.4. Jurisprudência arbitral

I. As conclusões do Professor BERNARD HANOTIAU⁸³³ resultantes da análise da jurisprudência judicial e arbitral de diversos países sobre a matéria⁸³⁴ apresentam-se de seguida. Um primeiro grupo engloba as situações em que as partes são diferentes, mas os contratos contêm a mesma cláusula arbitral ou, no mínimo, as cláusulas arbitrais são compatíveis (*The parties are different but the contracts contain the same arbitration clause or at least the clauses are compatible*). Há jurisprudência divergente quanto à

suite d'un autre contrat principal. En effet, dans ces cas, on a affaire à des contrats juridiquement indépendants dont seule la finalité économique commune peut justifier un traitement identique. Néanmoins, la Cour de Cassation française a considéré qu'une clause d'arbitrage contenue dans un contrat de cession d'actions assortie d'une garantie d'actif et de passif et ce, bien que ce second contrat ne contenait pas de clause d'arbitrage, trouvait également à s'appliquer à un litige né dans le cadre d'un contrat subséquent établissant la situation comptable de la société en cause (Cass. fr. 5 mars 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 66 avec note de L. Aynès)".

⁸³¹ GUY KEUTGEN; GEORGES-ALBERT DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, Tome I, cit., p. 182, N. 173.

⁸³² *Al-Naimi v. Islamic Press*, 2000, 1 Lloyd's Rep. 522; apud POUDRET; BESSON, *Droit Comparé de l'Arbitrage International*, cit., p. 285, N. 310.

⁸³³ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, cit., pp. 108 e ss.

⁸³⁴ GOUVEIA; CARVALHO, "Convenção de arbitragem em contratos múltiplos", cit., p. 46.

possibilidade de demandar todos num mesmo processo arbitral, umas decisões aceitando essa cumulação⁸³⁵ e outras não⁸³⁶.

Um segundo grupo reúne os casos de partes diferentes em que os contratos não contêm cláusulas idênticas ou compatíveis, ou alguns deles não contêm cláusula arbitral (*The parties are different and the contracts do not contain identical or compatible arbitration clauses or one of them does not contain an arbitration clause*). Há que distinguir as seguintes situações: (a) Sendo as cláusulas incompatíveis, não será em regra possível decidir os litígios num mesmo procedimento arbitral⁸³⁷; (b) Havendo partes diferentes em dois contratos diferentes, e existindo um contrato com cláusula arbitral e outro com cláusula de jurisdição estadual, juntar num único procedimento arbitral os litígios resultantes dos dois contratos é impossível⁸³⁸; (c) Se um ou mais contratos contêm cláusulas arbitrais idênticas ou compatíveis e um ou mais contratos não contêm cláusulas arbitrais ou de jurisdição, uma diversidade de soluções é possível⁸³⁹. A aplicação do princípio do efeito útil tem permitido a extensão da convenção de arbitragem⁸⁴⁰.

Um terceiro grupo trata de casos em que as partes são as mesmas, os contratos entre elas são vários, um com cláusula compromissória, outro com cláusula de jurisdição estadual, outro ainda com cláusula compromissória incompatível com a primeira (*The parties are the same and they have concluded two or more contracts, one without an arbitration clause, or containing a clause which gives jurisdiction to national courts, or another incompatible arbitration clause*). A jurisprudência é, aqui, muita, e tem-se orientado no sentido de admitir a extensão da convenção a todos os contratos quando entre eles existe uma forte conexão. É o que se passa quando um

⁸³⁵ No caso CCI n.º 10526 (2000), o tribunal arbitral decidiu submeter a um mesmo procedimento arbitral dois contratos diferentes que continham cláusulas arbitrais idênticas. Veja-se: ARNALDEZ; DERAIS; HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*, cit., pp. 545-547. BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions* ..., p. 108.

⁸³⁶ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, cit., p. 110; GOUVEIA; CARVALHO, "Convenção de arbitragem em contratos múltiplos", cit., p. 46.

⁸³⁷ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, cit., p. 113.

⁸³⁸ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, cit., p. 117.

⁸³⁹ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, cit., p. 119.

⁸⁴⁰ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉROME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 210, N. 187.

contrato tem origem noutra ou é complemento ou execução de um outro. Mas a conclusão depende da exacta redacção dos diversos contratos, pois se, por exemplo, um dos contratos contiver uma cláusula arbitral e outro uma de jurisdição estadual, a cumulação num único processo arbitral é já muito duvidosa⁸⁴¹.

II. É preciso destringir o caso de contratos da mesma natureza concluídos no âmbito de uma relação habitual de negócios do caso acima referido em que são celebrados vários contratos no quadro da mesma operação económica. No primeiro caso, a omissão de inclusão de uma cláusula compromissória no último contrato, não deve fazer obstáculo à extensão da cláusula arbitral a este, quando as mesmas partes sempre incluíram uma cláusula arbitral nos seus contratos anteriores. Não se trata aqui de uma presunção a favor da submissão dos litígios à arbitragem⁸⁴².

III. No caso *Soabi vs. État du Sénégal*⁸⁴³, o tribunal arbitral decidiu pela extensão da cláusula compromissória no âmbito de grupos de contratos. O Governo senegalês havia celebrado com uma empresa panamenha (o empreendedor) um contrato para a construção de moradias de baixo custo em terras fornecidas pelo Estado senegalês. O empreendedor constituiu uma empresa senegalesa. Foi celebrado um segundo contrato denominado “*Soabi Agreement*” que repetia as provisões do primeiro em relação ao projecto de construção. Nenhum desses contratos continha uma cláusula arbitral. Posteriormente, o Governo e a *Soabi* celebraram um “*Establishment*

⁸⁴¹ GOUVEIA; CARVALHO, “Convenção de arbitragem em contratos múltiplos”, cit., p. 46; Veja-se também: CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 632, N. 706: “Plusieurs sentences arbitrales ont admis, au nom de la volonté supposée des parties, l’extension d’une clause d’arbitrage contenue dans un contrat, notamment un contrat-cadre, à d’autres contrats liant les mêmes parties mais n’en contenant pas, au motif que ces contrats avaient un caractère complémentaire, ou participaient à la réalisation d’une même opération globalisée envisagée. Une solution analogue est parfois retenue lorsque plusieurs clauses d’arbitrage sont stipulées dans les différents contrats en cause, mais sont conciliables entre elles: dès lors que ces contrats participent à la réalisation d’une seule et même opération économique, la mise en place d’un seul tribunal arbitral pour juger de l’ensemble des litiges se rapportant aux différents contrats paraît conforme à la volonté des parties. En revanche, les arbitres sont généralement plus réticents à l’idée d’adopter la même solution lorsque les clauses d’arbitrage ne sont pas conciliables entre elles, car trop différentes sur des points essentiels, et, *a fortiori*, en présence d’une clause d’arbitrage dans un contrat et d’une clause attributive de juridiction dans un autre. Certes, cela risque de conduire à la mise en place de procédures parallèles, mais on peut considérer que l’on respecte ainsi la volonté des parties”.

⁸⁴² CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 211, N. 188.

⁸⁴³ Cass. 1re civ., 11 juin 1991, *Sté Soabi c/ État du Sénégal*, *Journal de Droit International*, 1991, p. 1005, note E. Gaillard; *Revue de l'arbitrage*, 1991, N.º 4, p. 637, note A. Broches; ROBERT GAGO; WANDERLEY FERNANDES, “Extensão objetiva da cláusula arbitral”, cit., pp. 52-53.

Agreement” relativo a uma fábrica para pré-fabricação de elementos de betão reforçado que continha uma cláusula arbitral e designava o ICSID para a solução de litígios⁸⁴⁴.

Tendo surgido um litígio entre a *Soabi* e o Governo, este alegou que os tribunais senegaleses eram competentes, contestando a jurisdição do ICSID, uma vez que o litígio dizia respeito a aspectos relacionados, não com o objecto do *Establishment Agreement*, mas com o dos dois primeiros contratos. Para o Governo, a *Soabi* não havia respeitado os preços acordados em relação às unidades de moradia e as suas obrigações relativas ao financiamento. Para *Soabi*, o primeiro contrato e o “*Soabi Agreement*” eram contratos preliminares, sendo o “*Establishment Agreement*” o contrato principal. O tribunal arbitral decidiu que os dois primeiros contratos celebrados entre as partes estavam abrangidos pelo “*Establishment Agreement*” e as disputas decorrentes da sua execução estavam dentro do âmbito da cláusula arbitral contida no último contrato⁸⁴⁵.

No caso *Société Champion Supermarché France (CSF) vs. Recape*, o Tribunal de Cassação francês, por acórdão datado de 4 de Julho de 2006⁸⁴⁶, confirmou a decisão do Tribunal de Apelação que decidiu não estender a cláusula arbitral contida num dos dois contratos celebrados entre as mesmas partes ao outro que previa uma cláusula atributiva de competência. Tal distinção fundamentava-se na própria vontade das partes de indicar cláusulas de resolução de litígios contrárias.

IV. A IBA produziu as Directrizes para a Redacção de Cláusulas de Arbitragem Internacional, adoptadas pelo seu Conselho, em 7 de Outubro de 2010⁸⁴⁷. Em matéria de cláusulas arbitrais para múltiplos contratos, recomenda-se na primeira directriz que as cláusulas arbitrais para contratos múltiplos sejam compatíveis, evitando-se a estipulação de mecanismos de litígios diferentes em contratos conexos⁸⁴⁸.

⁸⁴⁴ ROBERT GAGO; WANDERLEY FERNANDES, “Extensão objetiva da cláusula arbitral”, cit., pp. 52-53.

⁸⁴⁵ ROBERT GAGO; WANDERLEY FERNANDES, “Extensão objetiva da cláusula arbitral”, cit., pp. 52-53.

⁸⁴⁶ Cass. 1ère civ., 4 juillet 2006: Société Champion supermarché France (CSF) c. Recape – Pourvoi n.º 5-11-591 – Cassation de Caen (1ère ch. Civ. et com.), 2 décembre 2004, in: ALEXY MOURRE; PRISCILLE PEDONE, “Sommaires de jurisprudence française”, Vol. IV, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Alexy Mourre (Dir.), Éditions A. Pedone, 2008, p. 558.

⁸⁴⁷ In <https://www.ibanet.org>

⁸⁴⁸ Veja-se: SOFIA MARTINS, “Ainda a redacção de cláusulas arbitrais. Cláusulas em contratos multipartes e em situações de contratos múltiplos”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em homenagem a Mário Raposo*, Agostinho Pereira de Miranda; Miguel Cancela de Abreu; Paula Costa e Silva; Rui Pena; Sofia Martins (Org.), Universidade Católica Editora, 2015, pp. 273-274.

Preventivamente, as partes podem prever a elaboração de um acordo autónomo relativo à resolução de litígios de todos os contratos interrelacionados⁸⁴⁹.

2.2.5. Conclusão

A extensão da cláusula compromissória no âmbito de grupos de contratos levanta, nos Direitos angolano e português em particular, a questão do consentimento das partes. A mesma observação é feita no Direito belga por DIDIER MATRAY⁸⁵⁰, que considera que a existência de uma conexão estreita entre diferentes contratos pelo motivo de que participam na mesma operação económica não constitui *per se* um indício da vontade das partes para que o conjunto dos seus diferendos seja resolvido no âmbito de um único processo. Em princípio, a vontade de todas as partes sujeitarem o seu diferendo à arbitragem, ou seja, ao mesmo processo arbitral, deverá resultar de circunstâncias concretas do caso considerado. O simples conhecimento da cláusula arbitral por uma parte não é suficiente para que a mesma lhe seja oponível.

Não existe consentimento relativamente à arbitragem nos contratos de grupo onde não constem cláusulas compromissórias. A extensão da cláusula arbitral que figura num dos contratos do grupo a outros pode ser contestada com o argumento da falta de consentimento das partes visando derrogar à justiça estadual a solução de litígios resultantes dos mesmos. A extensão da convenção de arbitragem no âmbito de grupos de contratos só pode justificar-se pelo fundamento da indivisibilidade dos contratos⁸⁵¹. No entanto, o Professor FRANÇOIS-XAVIER TRAIN⁸⁵² questiona tal fundamento e recorre ao princípio do *favor arbitrandum*.

No fundo, a indivisibilidade contratual faz presumir a vontade das partes de submeterem à arbitragem os litígios resultantes do conjunto contratual indivisível. Mas, resta sempre por provar que as partes estiveram à altura de tomarem conhecimento da existência da cláusula arbitral e do respectivo conteúdo. Segundo o referido autor: “*Aussi souhaitable que soit cette solution au regard de la bonne administration de la*

⁸⁴⁹ SOFIA MARTINS, “Ainda a redacção de cláusulas arbitrais. Cláusulas em contratos multipartes e em situações de contratos múltiplos”, cit., pp. 273-274.

⁸⁵⁰ DIDIER MATRAY, “L’arbitrage et l’assurance. Les rapports avec les tiers”, in *L’arbitrage et le droit des assurances*, Groupe Larcier, s.a., 2015, pp. 148-149.

⁸⁵¹ FRANÇOIS-XAVIER TRAIN, *Les contrats liés devant l’arbitre du commerce international*, LGDJ, 2003, N. 93.

⁸⁵² FRANÇOIS-XAVIER TRAIN, *Les contrats liés devant l’arbitre du commerce international*, cit., N. 93.

*justice, il n'est pas certain que l'indivisibilité contractuelle puisse fonder cette extension. (En effet), chacun des contrats indivisibles laisse intacte la structure propre de chaque contrat élément de l'ensemble indivisible. (...) Nous admettons en revanche que l'indivisibilité des conventions puisse permettre de présumer la volonté des parties de soumettre les litiges nés de l'ensemble indivisible (...). Mais pour que cette présomption puisse être utilisée, encore faut-il que l'ensemble des parties ait été en mesure de connaître l'existence de la clause d'arbitrage et son contenu”*⁸⁵³.

Para a doutrina francesa⁸⁵⁴, o princípio do favorecimento (*favor arbitrandum*) serve de fundamento à extensão da cláusula compromissória. Um fundamento com base exclusivamente na vontade das partes e na indivisibilidade do contrato funda-se numa presunção de consentimento que pode suscitar ainda controvérsias. No Direito francês, o princípio do *favor arbitrandum* é referido como sendo um fundamento possível da extensão da cláusula compromissória no âmbito de grupos de contratos.

⁸⁵³ FRANÇOIS-XAVIER TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, cit., N. 93.

⁸⁵⁴ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage ...*, pp. 261-262; ANNE-CAROLE CREMADES, “El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización”, cit., p. 42.

Capítulo II

Manifestações relativas à competência do tribunal arbitral

Analizadas as manifestações relativas à convenção de arbitragem, cabe agora estudar as relativas à competência do tribunal arbitral. A competência do tribunal arbitral pressupõe três requisitos fundamentais, a saber: a existência de uma convenção de arbitragem válida entre as partes; a arbitrabilidade do litígio cujo objecto deve ser abrangido pela convenção de arbitragem e a sua regular constituição.

Dum certo ponto de vista, e como já referimos anteriormente, poderíamos considerar que as manifestações do princípio do *favor arbitrandum* relativas à validade e ao âmbito dos efeitos da convenção de arbitragem são-no também em relação à competência do tribunal arbitral. Mas interessa-nos aqui analisar, em especial, o princípio da competência-competência e a questão da arbitrabilidade dos litígios. Princípio inerente à função jurisdicional ou manifestação do *favor arbitrandum*, o princípio da competência-competência merece uma atenção particular na presente dissertação. São muitas as sentenças judiciais anuladas por violação deste princípio.

Quanto à arbitrabilidade dos litígios, interessa analisá-la nos diferentes ordenamentos jurídicos para se retirar o sentido da sua evolução. Assim, das manifestações legais ou jurisprudenciais relativas à competência do tribunal arbitral, e atribuíveis ao princípio do *favor arbitrandum*, destacaremos duas: em primeiro lugar, o princípio da competência-competência do tribunal arbitral (1) e, em segundo lugar, o alargamento, cada vez maior, do campo da arbitrabilidade objectiva (2).

1. Competência-competência do tribunal arbitral⁸⁵⁵

1.1. Posição do problema

A competência do tribunal é “a medida do seu poder jurisdicional”⁸⁵⁶. A questão da competência não se coloca apenas no seio da mesma organização jurisdicional (v.g. tribunais estaduais), mas também entre ordens jurisdicionais distintas, admitindo-se a existência de um pluralismo jurisdicional entre justiça pública e justiça arbitral⁸⁵⁷. O princípio da competência-competência resolve a seguinte dificuldade: invocando uma das partes litigantes a falta de competência do tribunal arbitral, seria necessário recorrer ao tribunal judicial para decidir se o diferendo, objecto da convenção arbitral, é da competência do tribunal arbitral. A ironia é patente: para beneficiar da arbitragem, será preciso submeter-se antecipadamente a um processo judicial, sendo necessário que o tribunal judicial tome uma decisão que reconheça a competência do tribunal arbitral⁸⁵⁸. O tribunal arbitral, como qualquer outra jurisdição, deve ter o poder de verificar a sua competência para conhecer de determinado litígio submetido à sua apreciação. A *fortiori*, este controlo deve impor-se quando a sua competência for contestada por uma das partes.

Originariamente, a expressão do Direito alemão “*Kompetenz-Kompetenz*” tem um significado substancialmente diferente, em matéria arbitral, do entendimento actual⁸⁵⁹. Tradicionalmente, esta expressão significa que os árbitros têm competência para decidir *definitivamente* sobre a sua competência, sem possibilidade de revisão dessa decisão pelos tribunais judiciais. Interpretada desta forma, a expressão alemã “*Kompetenz-Kompetenz*” é hoje rejeitada quer na Alemanha, quer noutros países⁸⁶⁰. Da

⁸⁵⁵ Veja-se: LINO DIAMVUTU, “O princípio da competência-competência na arbitragem voluntária”, in *RIAC*, III, 2010, pp. 63-103.

⁸⁵⁶ ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, Vol. 1, 5ª Ed., Almedina, 2010, p. 313.

⁸⁵⁷ MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, PUAM, 2013, p. 331, N. 363.

⁸⁵⁸ FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, “Compétence à la Mexicaine et à l'Américaine – Une évolution douteuse”, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, Vol. IV, Editions A. Pedone, 2008, p. 173.

⁸⁵⁹ Na literatura alemã, veja-se: PETER SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, I, cit., p. 490, NN. 493-497; PETER GOTTWALD, “Internationale Schiedsgerichtsbarkeit”, in *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Arbitrage International – International Arbitration*, Gottwald; Schlosser (Org.), Giesecking-Verlag, Bielefeld, 1997, p. 65, N. 39.

⁸⁶⁰ MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, cit., p. 23; WERNER HARTMANN, *Zum Problem der Kompetenz-Kompetenz der*

competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência não pode decorrer que esta decisão seja definitiva. Geralmente, esta decisão está sujeita a um controlo dos tribunais estaduais em sede de impugnação da decisão arbitral, e a grande maioria dos sistemas jurídicos não admite uma renúncia das partes à impugnação da decisão com fundamento em incompetência do tribunal arbitral⁸⁶¹.

O princípio da competência do tribunal arbitral para decidir sobre a validade da cláusula compromissória e, conseqüentemente, sobre a sua própria competência não se afirmou *ex abrupto*, mas resultou de uma evolução jurisprudencial. Inicialmente, em França entendia-se que a questão da validade da cláusula arbitral e, por conseguinte, da competência do tribunal arbitral, deveria ser analisada pela jurisdição estadual comum.

Num acórdão do Tribunal de Cassação francês de 22 de Fevereiro de 1949, no caso *Caulliez*⁸⁶², admitiu-se a competência-competência do árbitro. Numa reviravolta inesperada, a mesma câmara do cível do Tribunal de Cassação veio decidir, em 6 de Outubro de 1953, no caso *Courtieu*, que: “*Le litige mettant en cause la validité de la clause compromissoire (...) doit être soumis aux juridictions de droit commun, seules compétentes pour en connaître*”⁸⁶³.

O princípio da competência-competência foi definitivamente admitido em França no caso *Impex* (1968)⁸⁶⁴. Considerou-se que “*il est de principe que le juge saisi est compétent pour statuer sur sa compétence, ce qui implique nécessairement, lorsque le juge est un arbitre dont les pouvoirs tirent leur origine d’une convention des parties, la vérification de l’existence et de la validité de cette convention*”⁸⁶⁵.

Na Alemanha, o *Bundesgerichtshof* admitiu, numa decisão datada de 3 de Março de 1955, a *Kompetenz-Kompetenz* do tribunal arbitral de base contratual. A

Schiedsgerichte, 1961, p. 171; *apud* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 195, nota 808.

⁸⁶¹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 134.

⁸⁶² In *Semaine juridique*, 1949, II, 4899, note H. Motulsky; CARINE JALLAMION, “La jurisprudence française et l’arbitrage de 1843 à 1958: De la défaveur à la faveur jusqu’à l’avènement de l’arbitrage international (Partie II)”, in *Revue de l’arbitrage*, 2015, N.º 4, p. 1086.

⁸⁶³ Tribunal de Cassação francês, *JCP* 1954.II.8293, j. 06.10.53; DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado* ..., cit., p. 149.

⁸⁶⁴ CARINE JALLAMION, “La jurisprudence française et l’arbitrage de 1843 à 1958: De la défaveur à la faveur jusqu’à l’avènement de l’arbitrage international (Partie II)”, cit., p. 1086.

⁸⁶⁵ *Impex*, in *Revue de l’arbitrage*, 1968, p. 149.

Kompetenz-Kompetenz é assumida pelo tribunal arbitral, desde que as partes lhe tenham cometido tal poder na convenção arbitral⁸⁶⁶.

1.2. Efeitos

O efeito positivo do princípio da competência-competência consiste na atribuição de competência ao árbitro para decidir sobre a sua própria competência para julgar o litígio ou o dissídio⁸⁶⁷. O efeito positivo do princípio da competência-competência está consagrado na quase generalidade dos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais referidos *supra*, com exceção da Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Em contrapartida, nem todos consagram o seu efeito negativo.

O efeito negativo do princípio da competência-competência proíbe o tribunal judicial ao qual uma parte tenha recorrido, quer para a apreciação da competência do tribunal arbitral, quer para a decisão do mérito da causa, apesar da existência de uma convenção de arbitragem, de decidir sobre as questões relativas à existência ou à validade desta antes de o tribunal arbitral se pronunciar sobre tais questões. Por outras palavras, o efeito negativo do princípio da competência-competência traduz-se na preferência ou prioridade que têm os árbitros em relação à jurisdição estadual no conhecimento de questões relativas à validade, eficácia ou aplicabilidade da convenção de arbitragem. O efeito negativo do princípio da competência-competência prolonga o efeito negativo da convenção de arbitragem.

⁸⁶⁶ Veja-se: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 196.

⁸⁶⁷ SCHWAB; WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit – Kommentar*, 6., neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000, p. 56, N. 6; KLAUS LIONNET, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 140.

1.2.1. Sistemas legais que consagram o efeito positivo do princípio

I. O efeito positivo da *Kompetenz-Kompetenz* está previsto no artigo 16.º, n.º 1 da Lei-Modelo das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional⁸⁶⁸: “O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, aí incluída qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. Para esse efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica automaticamente a nulidade da cláusula compromissória”.

Têm-se avolumado as legislações estaduais que consagram expressamente o efeito positivo da competência-competência. O efeito positivo do princípio *Kompetenz-Komptenz* é reconhecido no Direito angolano (artigo 31.º, n.º 1)⁸⁶⁹, português (artigo 18.º, n.º 1)⁸⁷⁰, brasileiro (artigo 8.º, par. único), espanhol (artigo 22.º, n.º 1), alemão (artigo §1040, n.º 1 *caput*), francês (artigo 1465.º), belga (artigo 1690.º), suíço (artigo 186.º, n.º 1), inglês (Artigo 30.º, n.º 1).

Na jurisprudência dos tribunais americanos, a competência-competência é conferida aos árbitros pelas partes. Refira-se o caso *First Options of Chicago, Inc. vs. Manuel, et UX and Mk Investments Inc Kaplan* (1995)⁸⁷¹. Segundo o Supremo Tribunal Federal americano, a análise da competência do árbitro para determinar a sua jurisdição deve ser feita à luz dos princípios jurídicos ordinários de determinado Estado que governam a formação dos contratos, para decidir se as partes haviam acordado no sentido de outorgar aos árbitros a competência de decidir sobre a sua jurisdição⁸⁷². Concretamente, tratava-se de saber quem detinha o poder primário para decidir sobre a

⁸⁶⁸ PETER BINDER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, cit., p. 214.

⁸⁶⁹ Cf. JOSÉ ANTÓNIO LOPES SEMEDO, “A arbitragem voluntária em Angola: Quadro normativo e perspectivas”, cit., p. 24.

⁸⁷⁰ RUI MANUEL MOURA RAMOS, “O novo Direito português da arbitragem”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 583.

⁸⁷¹ 514 U.S. 938 (1995); THOMAS E. CARBONNEAU, “International Arbitration – The United States”, cit., pp. 879-880; GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 231-233; HORACIO A. GRIGERA NAÓN, “‘Misères et splendeurs’ of the *Kompetenz-Kompetenz* – Principle in International Arbitration (a Transatlantic Comparison)”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, pp. 274-275; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration in the United States – Commentary & Materials*, Kluwer, 1994, pp. 384-385.

⁸⁷² HORACIO A. GRIGERA NAÓN, “‘Misères et splendeurs’ of the *Kompetenz-Kompetenz* – Principle in International Arbitration (a Transatlantic Comparison)”, cit., pp. 274-275.

arbitrabilidade. Para o Supremo Tribunal Federal americano, a resposta a esta questão consistia em apurar se as partes haviam acordado em submeter a questão da arbitrabilidade à arbitragem. O Juiz BREYER exprimindo a opinião do Tribunal observou que “*This Court (...) added an important qualification, applicable when courts decide whether a party has agreed that arbitrators should decide arbitrability: Courts should not assume that the parties agreed to arbitrate arbitrability unless there is ‘clear and unmistakable’ evidence that they did so*”⁸⁷³. No caso concreto, concluiu que *The Kaplans* não havia claramente atribuído essa questão aos árbitros⁸⁷⁴.

No fundo, os tribunais americanos usam a mesma palavra “*arbitrability*” para designar quer a jurisdição (“*jurisdiction*”) do tribunal arbitral, quer a susceptibilidade de um determinado litígio ser dirimido por via da arbitragem⁸⁷⁵. Nos Estados Unidos da América, a arbitrabilidade abrange a questão da existência do consentimento das partes e das limitações legais ao recurso à arbitragem⁸⁷⁶. No caso *Oriental Commercial and Shipping Co. Ltd vs. Rosseel N.V.* (1985), o Tribunal do Distrito de Nova Iorque afirmara que “*The parties to a contract can agree to settle disputes arising thereunder by arbitration. Federal law, which governs whether the parties have agreed to arbitrate [...] requires the Court to apply general contract principles and the federal policy favoring arbitration in contracts governed by the United States Arbitration Act*”⁸⁷⁷.

⁸⁷³ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials...*, p. 232; TIBOR VÁRADY; JOHN J. BARCELÓ III; ARTHUR T. THON VON MEHREN, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, Fifth Edition, West, 2012, p. 139.

⁸⁷⁴ Veja-se: TIBOR VÁRADY; JOHN J. BARCELÓ III; ARTHUR T. THON VON MEHREN, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, Fifth Edition, West, 2012, p. 103: “In the U.S. the basic compromise focuses on whether the party resisting arbitration targets its complaint on the larger clause itself. If the challenging party alleges that the larger ‘container’ contract is invalid – for example, because of fraudulent misrepresentation affecting the entire transaction – and that the arbitration clause is therefore derivatively invalid (it stands or falls with the rest of the contract), then the U.S. courts will send this ‘container-contract’ question to the arbitrators. It is only if the alleged invalidating defect goes specifically to the arbitration clause itself – for example, a claim that the clause was included in the contract by fraudulent misrepresentation or that it is so indeterminate or contradictory that there was no real meeting of the minds on arbitration – that the court retain jurisdiction to decide the question”.

⁸⁷⁵ W. LAURENCE CRAIG; WILLIAM W. PARK; JAN PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceano Publications, Inc., 2000, p. 60; KLAUS PETER BERGER, “Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?”, in van den Berg (ed.) *ICCA Congress*, ser. N.º 13; *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, p. 305; JEANETTE JAEGGI, “Ideologies of arbitration”, in *Journal of American Arbitration*, Vol. 1, 2002, p. 253: “The Court explained that ‘the basic objective (...) is not to resolve disputes in the quickest manner possible, no matter what the parties’ wishes (...) but to ensure that the commercial arbitration agreements, like other contracts, ‘are enforced according to their terms’ (...) and according to the intentions of the parties”.

⁸⁷⁶ OUSMANE DIALLO, *Le consentement des parties à l’arbitrage*, PUF, 2010, pp. 43-44.

⁸⁷⁷ 68 US (1985), p. 75; disponível em: www.newyorkconvention.org.

II. Quanto ao fundamento do efeito positivo da *Kompetenz-Kompetenz*, várias teorias são confrontáveis.

a) Teoria jurisdicional

Uma doutrina abundante faz apelo à aplicação extensiva ou analógica do “princípio segundo o qual qualquer juiz é competente para apreciar a própria competência”, ou seja, à teoria jurisdicional para fundamentar a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a própria competência. Ora, o árbitro exerce uma função jurisdicional e, na arbitragem internacional, o árbitro é o juiz ordinário do comércio internacional. Por conseguinte, o árbitro tem poderes para apreciar a própria competência⁸⁷⁸.

Trata-se de um princípio geral de Direito processual. O árbitro é juiz natural da arbitragem e da sua competência⁸⁷⁹. Esta teoria “jurisdicional” é contestada por autores que defendem existir uma diferença entre a *Kompetenz-Kompetenz* do juiz e a do árbitro⁸⁸⁰. *Summo rigore*, quando a competência do juiz é contestada, o fundamento dos seus poderes enraizados na soberania estadual não é abalado. Apenas é posto em causa o âmbito ou o alcance da sua competência. Não é o caso para o árbitro quando a validade ou a existência da cláusula arbitral é contestada. Neste último caso, é a fonte da sua competência que é atacada.

b) Teoria contratualista

Muito defendida pelas jurisdições americanas, a “competence-competence” do árbitro resultaria exclusivamente da convenção de arbitragem (do contrato). A teoria contratualista é fortemente contestada, e até rejeitada, em Portugal. Se a competência-

⁸⁷⁸ PIERRE MAYER, “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence”, cit., p. 339 ; MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*, cit., p. 317, N. 416; PETER SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, I, cit., p. 37, N. 36.

⁸⁷⁹ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 324.

⁸⁸⁰ HORACIO A. GRIGERA NAÓN, “‘Misères et splendeurs’ of the *Kompetenz-Kompetenz* – Principle in International Arbitration (a Transatlantic Comparison)”, cit., pp. 273-281.

competência resulta da convenção de arbitragem, é impossível ao árbitro declará-la nula ou ineficaz, pois perderia *ipso jure* qualquer competência para o fazer⁸⁸¹.

c) Regra transnacional da ordem jurídica arbitral

Uma parte da doutrina⁸⁸² sustenta a tese segundo a qual a *Kompetenz-Kompetenz* seria um regra transnacional do Direito da Arbitragem. Segundo a concepção anglo-saxónica: “*it is generally accepted that an arbitral tribunal has power to investigate its own jurisdiction*”. Assim, o efeito positivo da competência-competência beneficiaria de um reconhecimento transnacional⁸⁸³.

d) Princípio geral do Direito

Tal parece resultar dos acórdãos do Tribunal de Cassação francês, que, de forma constante, aplica “*le principe selon lequel il appartient à l’arbitre de statuer sur sa propre compétence*”. Assim, para o Professor JEAN-BAPTISTE RACINE⁸⁸⁴, o princípio da competência-competência é, no Direito francês, um princípio geral do Direito.

e) Fundamento legal

Existe ainda uma corrente doutrinária a afirmar que, na arbitragem internacional, o poder do tribunal arbitral de decidir sobre a sua própria competência tem um fundamento legal nos Direitos do conjunto dos Estados susceptíveis de reconhecerem a sentença proferida pelo tribunal arbitral sobre a sua própria

⁸⁸¹ JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l’arbitrage*, cit., p. 282, N. 382. É também a posição defendida por Magali Boucaron-Nardetto, para quem “(...) les tribunaux arbitraux jugent généralement de leur compétence sans justifier la source même du pouvoir de juger de leur compétence. La règle est évidente. Ce comportement des arbitres peut être interprété comme l’adhésion implicite à la thèse selon laquelle l’ordre juridique de rattachement de l’arbitrage et du pouvoir juridictionnel des tribunaux arbitraux n’est pas un ordre étatique déterminé, mais l’ordre arbitral, et plus généralement l’ordre processuel transnational, reconnaissant le principe général selon lequel tout juge, public ou privé, interne ou international, est juge de sa compétence. (...) l’effet positif de la compétence-compétence tire sa juridicité d’un ordre transnational” (MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*, cit., p. 379, N. 429).

⁸⁸² JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l’arbitrage*, cit., p. 281, N. 381.

⁸⁸³ MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*, cit., p. 359, N. 398.

⁸⁸⁴ JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l’arbitrage*, cit., p. 281, N. 381.

competência⁸⁸⁵. Para FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN⁸⁸⁶, o fundamento da competência-competência reside na lei do país onde a arbitragem decorre. Deste modo, pode-se encontrar uma justificação plausível ao facto de o tribunal arbitral prosseguir com o procedimento arbitral, mesmo quando a existência ou a validade da convenção de arbitragem for contestada por uma das partes. O princípio da autonomia da cláusula compromissória permite afastar o argumento da nulidade da convenção de arbitragem pelo facto da invalidade do contrato principal, mas não permite ao tribunal arbitral prosseguir com a arbitragem quando a referida invalidade disser respeito à própria convenção de arbitragem. Isto só pode resultar do princípio da competência-competência. O princípio da competência-competência permite, de igual modo, aos árbitros decidir sobre a invalidade da convenção de arbitragem e proferir sentença que declare a sua falta de competência, sem qualquer contradição.

1.2.2. Sistemas legais que consagram o efeito negativo do princípio ou de *cognitio limitada*⁸⁸⁷

Podemos agrupar em três modelos as legislações que admitem o efeito negativo do princípio da competência-competência.

1.2.2.1. O modelo francês: competência exclusiva do tribunal arbitral

O efeito negativo é expressamente consagrado no CPC francês em vigor (artigos 1455.º e 1465.º)⁸⁸⁸. O Direito francês levou bem mais longe o efeito negativo do

⁸⁸⁵ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 591, N. 673.

⁸⁸⁶ EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., p. 400, N. 658; veja-se: LINO DIAMVUTU, “Poderes do tribunal arbitral na apreciação da própria competência”, in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2011, p. 101.

⁸⁸⁷ SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, cit., p. 217.

⁸⁸⁸ Neste aspecto o Direito sul-africano está completamente desajustado em relação à evolução do Direito da Arbitragem moderno. “Current statutory framework. Arbitration in South Africa is currently governed by the Arbitration Act and the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Act 1977. The latter seeks to give effect to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, which was signed at New York in 1958 (New York Convention). By becoming a party to the New York Convention, each state has agreed, subject to limited grounds of refusal, to enforce commercial arbitral awards made in other contracting states. Shortcomings. An obvious difficulty is that the Arbitration Act was enacted in 1965 – prior to the New York Convention and the introduction of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. The

princípio da *Kompetenz Kompetenz*. Uma vez o tribunal arbitral constituído, ele tem competência exclusiva na apreciação da sua competência. De acordo com o artigo 1465 do CPC francês: “*Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel*”. Assim, a decisão do tribunal arbitral sobre a sua competência não pode ser sujeita a uma nova apreciação pelo tribunal judicial⁸⁸⁹.

Algumas soluções a favor da arbitragem são aplicadas às vezes *contra legem* para assegurar o respeito do efeito negativo da competência-competência. O efeito negativo do princípio de competência-competência pode ser contrariado (i) pelo juiz de apoio quando aceita ou recusa a designação de um árbitro a pedido de uma ou das parte(s) para constituir o tribunal arbitral; ou, (ii) pelo juiz de fundo quando se declare manifestamente competente para decidir um litígio⁸⁹⁰.

1º A decisão do juiz de apoio

Em regra, as decisões do juiz de apoio francês são irrecorríveis nos termos do artigo 1460.º, n.º 3 do CPC por remissão do artigo 1506.º, n.º 2 do mesmo Código. Nele se declara que “*Le juge d’appui statue par ordonnance non susceptible de recours*”. No entanto, quando o referido juiz se recusa a nomear um árbitro por qualquer outro

UNCITRAL Model Law aims to promote uniformity in international arbitration procedures and limit the role of the national courts. Accordingly, the current legislation is not in alignment with international developments, with the situation only worsening over time. The wording of the Arbitration Act provides no assistance in this regard. What is concerning is the extent to which the enforceability of an arbitration agreement lies within the courts’ discretion. In particular, under section 3(2) of the Arbitration Act, the court can, where good cause is shown, set aside the arbitration agreement or order that any particular dispute referred to in the arbitration agreement shall not be referred to arbitration. In addition, the court may order that the arbitration shall cease to have effect with the reference to any dispute referred. Furthermore, section 6(2) of the Arbitration Act provides that, there is an arbitration agreement, the court may make an order staying such proceedings (instituted before the court) if it is satisfied that there is ‘no sufficient reason’ why the dispute should not be referred to arbitration. By way of contrast, under the New York Convention a court in such circumstances will refer the parties to arbitration. These provisions undermine the arbitration process and can lead to costly and frustrating delays. This is because the extensive powers given to the courts can be abused by a recalcitrant party as a delaying tactic. While the latitude given to the courts need not be problematic, provided the courts adopt a pro-arbitration stance, the existence of such latitude leads to uncertainty and a possible resistance to arbitrating in South Africa. Legislation that strikes the correct balance between interventionist and respect for party autonomy is needed in this area” (“Overhauling arbitration in South Africa”, in www.nortonrosefulbright.com).

⁸⁸⁹ A legislação argentina consagra o efeito negativo do princípio da competência-competência seguindo o modelo francês (art. 1656.º). Veja-se: DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO; EZEQUIEL H. VETULLI, “The new Argentinian arbitration law: a train in an unknown direction”, in *Arbitration International*, Oxford, 2016, p. 8.

⁸⁹⁰ MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*, cit., p. 277, N. 292.

motivo excepto a manifesta nulidade ou aplicabilidade da convenção de arbitragem, a jurisprudência recorre à teoria do excesso de poder para abrir *contra legem* um recurso (*appel-nullité*) contra a sua decisão⁸⁹¹.

2º A decisão do juiz de fundo

Quando a exceção de preterição do tribunal arbitral é decidida juntamente com parte da causa por um Tribunal de apelação, o recurso de cassação é imediatamente admitida por aplicação do artigo 606.º do CPC⁸⁹². Caso contrário, a solução tradicional consistia em diferir o recurso de cassação até à prolação da decisão sobre o fundo da causa. Por aplicação dos artigos 607.⁸⁹³ e 608.⁸⁹⁴ do CPC, a exceção de preterição do tribunal arbitral era tratada não como uma exceção de incompetência, mas como uma exceção processual (*exception de procédure*), admitindo-se o recurso imediato da decisão parcial que afaste a competência do tribunal arbitral por excesso de poder praticado pelo tribunal judicial⁸⁹⁵. O artigo 607-1 introduzido pelo Decreto n.º 2014-1338 de 6 de Novembro de 2014⁸⁹⁶ permite um recurso de cassação imediato quando um Tribunal de apelação se pronuncie sobre a competência sem decidir o mérito da causa.

⁸⁹¹ MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, cit., p. 279, NN. 298 e ss..

⁸⁹² “Les jugements en dernier ressort qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d’instruction ou une mesure provisoire peuvent être frappés de pourvoi en cassation comme les jugements qui tranchent en dernier ressort tout le principal”.

⁸⁹³ “Peuvent également être frappés de pourvoi en cassation les jugements en dernier ressort qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l’instance”.

⁸⁹⁴ “Hors les cas spécifiés par la loi, les autres jugements en dernier ressort ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation indépendamment des jugements sur le fond. Le pourvoi peut être formé par le demandeur dans le délai de remise au greffe du mémoire afférent au pourvoi dirigé contre le jugement sur le fond”.

⁸⁹⁵ MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, cit., pp. 279-281, NN. 298 e ss.

⁸⁹⁶ “Peut également être frappé de pourvoi en cassation l’arrêt par lequel la cour d’appel se prononce sur la compétence sans statuer sur le fond du litige”.

1.2.2.2. O modelo português: competência concorrente com prioridade para o tribunal arbitral e possibilidade de recurso imediato da decisão do tribunal arbitral sobre a sua competência

O efeito negativo do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* vem consagrado no artigo 5.º, n.º 1 da LAVP⁸⁹⁷. No Direito português, existe uma competência concorrente do tribunal arbitral e do tribunal judicial em matéria de apreciação da competência do tribunal arbitral, com prioridade para este último. O tribunal judicial no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida pela convenção de arbitragem só pode apreciar *prima facie* a convenção de arbitragem. Uma apreciação *prima facie* é uma análise não aprofundada⁸⁹⁸. O motivo para negar a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem deve ser aparente, ou seja, não implicar mais indagações para decidir a invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. O juiz estadual limita-se a verificar a aparência da existência de uma convenção de arbitragem.

Conforme o Professor MOURA VICENTE⁸⁹⁹, esta regra permite evitar manobras dilatórias de qualquer das partes na convenção de arbitragem e centralizar no tribunal arbitral o contencioso relativo à validade, eficácia e exequibilidade da convenção de arbitragem, “reflectindo o *favor arbitrandum* que inspira a lei portuguesa”.

A decisão interlocutória pela qual o tribunal arbitral declare que tem competência pode, no prazo de 30 dias após a sua notificação às partes, ser impugnada por qualquer destas partes perante o tribunal estadual competente (n.ºs 8 a 10 do artigo 18.º). Segundo as subalíneas i) e iii), da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º, a parte impugnante terá de demonstrar que a convenção não era válida nos termos da lei a que as partes a sujeitaram, ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da própria LAVP, ou que a sentença se pronunciou sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem, ou contém decisões que ultrapassam o âmbito da convenção.

A impugnação da decisão interlocutória é uma mera faculdade da parte impugnante, e o seu não exercício não afasta o direito de impugnar a decisão final com

⁸⁹⁷ RUI MANUEL MOURA RAMOS, “O novo Direito português da arbitragem”, cit., p. 576; CLÉMENT FOUCARD; FILIPE VAZ PINTO, “La nouvelle loi portugaise sur l’arbitrage”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 2, 2013, p. 375.

⁸⁹⁸ PAUL-GÉRARD POUYOUÉ, *Droit de l’arbitrage dans l’espace OHADA*, Presses Universitaires d’Afrique, 2000, p. 225.

⁸⁹⁹ DÁRIO MOURA VICENTE, “Convenção de arbitragem: problemas actuais”, in *O Direito*, Ano 147, II, Almedina, 2015, p. 317.

fundamento na incompetência do tribunal arbitral, já que a LAVP não atribui efeito preclusivo à não impugnação imediata⁹⁰⁰. Em todo o caso, o processo arbitral pode ser iniciado ou prosseguir e pode ser nele proferida uma sentença, enquanto a questão estiver pendente no tribunal judicial. A decisão interlocutória do tribunal arbitral pela qual se declare competente é sujeita à impugnação perante o tribunal estadual que irá proceder a uma análise perfunctória da validade e eficácia da convenção de arbitragem (artigo 18.º, n.º 9 da LAVP). A lei espanhola de *arbitraje* aborda a questão no mesmo sentido (artigo 22.º, n.º 3).

1.2.2.3. O modelo angolano: competência concorrente com prioridade para o tribunal arbitral e recurso diferido até à prolação da decisão arbitral sobre o mérito.

Na LAV, o efeito negativo da competência-competência do tribunal arbitral resulta indirectamente do facto de a lei excluir a possibilidade de a decisão sobre a sua competência ser antecipada pelo tribunal judicial (artigo 31.º, n.º 3)⁹⁰¹. O tribunal judicial só pode apreciar a competência do tribunal arbitral depois de proferida a decisão sobre o fundo da causa: em acção de anulação da decisão arbitral, em recurso da decisão arbitral ou em oposição à execução da decisão arbitral. Nos termos da LAV, as partes só podem arguir a incompetência do tribunal, assim como a irregularidade da sua constituição, até à apresentação da defesa quanto ao fundo da causa, ou juntamente com esta ou na primeira oportunidade de que disponham após o conhecimento de facto superveniente que dê causa a algum dos referidos vícios. O tribunal arbitral é, neste caso, chamado a pronunciar-se sobre a sua competência, proferindo uma decisão interlocutória (n.º 2 do artigo 31.º). A decisão do tribunal arbitral através da qual este se declare competente para decidir a questão *sub judice* só pode ser apreciada pelo tribunal judicial depois de proferida a decisão arbitral. Este modelo apresenta inconvenientes, podendo originar prejuízos pecuniários para as partes.

⁹⁰⁰ ARMINDO RIBEIRO MENDES *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Almedina, 2012, p. 44.

⁹⁰¹ JOSÉ ANTÓNIO LOPES SEMEDO, “A arbitragem voluntária em Angola: Quadro normativo e perspectivas”, *cit.*, p. 24.

1.2.3. Sistemas que não consagram o efeito negativo do princípio ou de *cognitio plena*⁹⁰²

I. A Lei-Modelo da CNUDCI não reconhece o efeito negativo da regra competência-competência. O n.º 1 do artigo 8.º desta lei admite que o tribunal em que seja proposta uma acção relativa a um litígio abrangido por uma convenção de arbitragem rejeite a excepção fundada nesta convenção, se verificar que ela é caduca, inoperante ou insusceptível de ser executada, o que implica uma apreciação da validade da convenção de arbitragem.

II. No Direito alemão, o n.º 1 do §1032º do *ZPO*⁹⁰³ reconhece ao tribunal judicial, em termos inequívocos, a possibilidade de apreciar a existência e validade da convenção de arbitragem se o demandado arguir a excepção de preterição de tribunal arbitral. O tribunal deve analisar a convenção arbitral para verificar se a mesma não é caduca, inoperante ou não susceptível de ser executada. Segundo PETER HUBER e IVO BACH⁹⁰⁴, “*ZPO obliges the court to reject the action as inadmissible [...] at this stage the court must engage in a comprehensive review of the existence of a valid arbitration clause and cannot limit itself to a prima facie review, as is done in other countries where the court proceedings are only stayed and not dismissed*”.

O Professor PETER SCHLOSSER⁹⁰⁵ justifica essa opção por razões de economia processual e financeira. Pode ser injusto obrigar uma parte a permanecer na arbitragem

⁹⁰² SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, cit., p. 216.

⁹⁰³ § 1032 *ZPO* (Arbitration agreement and substantive claim before court):
“(1) A Court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if the respondent raises an objection prior to the beginning of the oral hearing on the substance of the dispute, reject the action as inadmissible unless the court finds that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.
(2) Prior to the constitution of the arbitral tribunal, an application may be made to the Court to determine whether or not arbitration is admissible.
(3) Where an action or application referred to in subsection 1 or 2 has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an arbitral Award may be made, while the issue is pending before the court”.

⁹⁰⁴ PETER HUBER; IVO BACH, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1032 – Arbitration Agreement and Substantive Claim Before Court”, in Patricia Nacimiento; Stefan Michael Kroll, *et al.*, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, p. 119.

⁹⁰⁵ PETER SCHLOSSER, “German Arbitration Law and the UNCITRAL Model Law”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2010, pp. 121-122.

quando não se sente vinculada pela convenção de arbitragem⁹⁰⁶. Se uma parte que sempre contestou a validade da convenção de arbitragem, alegar com sucesso em acção de anulação a sua invalidade, não será por esse facto reembolsada das avultadas despesas que terá efectuado no processo arbitral. Deste ponto de vista, faz todo sentido que a demandada tenha a possibilidade de recorrer prontamente aos tribunais judiciais para contestar a validade ou inexistência da convenção de arbitragem⁹⁰⁷.

O n.º 2 do referido parágrafo prevê a possibilidade de as partes numa convenção de arbitragem, antes da constituição do tribunal arbitral, intentar uma acção visando a constatação da admissibilidade ou inadmissibilidade da resolução do litígio por via arbitral. Finalmente, como forma de evitar manobras dilatórias da parte menos interessada na arbitragem, o n.º 3 do mesmo parágrafo, autoriza o tribunal arbitral, em qualquer dos casos acima referidos, a iniciar ou prosseguir o processo arbitral até ser proferida sentença.

III. O *Arbitration Act* inglês prevê, no n.º 1 do seu artigo 32.º, a possibilidade de as partes a um procedimento arbitral recorrerem directamente ao tribunal judicial (*Court*) para a determinação da competência do tribunal arbitral, tendo este último a faculdade de prosseguir o processo arbitral e decidir sobre a sua competência. Por conseguinte, o tribunal judicial poderá apreciar a existência e validade da convenção de arbitragem antes do tribunal arbitral, não sendo reconhecida a prioridade deste na apreciação de tais questões. De acordo com o Professor JAN PAULSSON⁹⁰⁸, não existe uma necessidade lógica para o reconhecimento do efeito negativo da regra *Kompetenz-Kompetenz*. Trata-se de uma simples questão de escolha tendo em conta o maior ou menor receio quanto à intromissão dos tribunais judiciais em procedimentos arbitrais.

No caso *Christopher Brown Ltd v. Genessenschaft Österreichischer Waldbestitzer GmbH* [1954]⁹⁰⁹, LORD DEVLIN referiu o que segue: “*It is not the law that arbitrators, if their jurisdiction is challenged or questioned, are bound immediately ...to refuse to act, until their jurisdiction has been determined by some court which has power to determine it finally. Nor is it the law that they are bound to go on until it is*

⁹⁰⁶ PETER SCHLOSSER, “German Arbitration Law and the UNCITRAL Model Law”, cit., p. 122.

⁹⁰⁷ PETER SCHLOSSER, “German Arbitration Law and the UNCITRAL Model Law”, cit., p. 120.

⁹⁰⁸ JAN PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013, p. 58.

⁹⁰⁹ JAN PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, cit., p. 54.

determined by some court which had power to determine it. They might then be merely wasting their time and everybody else's. They are not obliged to take either of these courses. They are entitled to inquire into the merits of the issue as to whether they have jurisdiction or not, not for the purpose of reaching any conclusion which will be binding on the parties – because that they cannot do – but for the purpose of satisfying themselves as a preliminary matter about whether they ought to go on with the arbitration or not”.

IV. O Código Judiciário belga não consagra o efeito negativo do princípio da competência-competência. O seu artigo 1682.º prescreve que o juiz estadual perante quem for apresentado um litígio abrangido por uma convenção de arbitragem deve declarar-se sem jurisdição a pedido de uma das partes, a não ser que a referida convenção de arbitragem seja inválida ou caduca. Ora, a lei belga não se refere à manifesta invalidade da convenção de arbitragem. Apenas exclui a competência do juiz estadual no caso de a convenção de arbitragem ser inválida. Isto implica que o juiz estadual poderá analisar todas as circunstâncias que possam originar a invalidade da mesma. Por exemplo, invocando uma das partes a existência de um vício da vontade, o tribunal judicial deverá analisar essa questão. Por conseguinte, não se trata aqui de uma análise *prima facie* da convenção da arbitragem, mas de fundo.

V. Nos Estados Unidos da América (Estados Unidos), o exercício da *Kompetenz-Kompetenz* pelo árbitro resulta do acordo das partes. As partes podem convencionar sobre o facto de o árbitro ser competente para decidir definitivamente sobre as questões de competência. Por exemplo, a resposta à questão de saber quem tem prioridade para decidir sobre a arbitrabilidade de um litígio depende daquilo que as partes convencionaram a esse respeito⁹¹⁰.

VI. Relativamente ao fundamento do efeito negativo da *Kompetenz-Kompetenz*, a doutrina francesa apresenta a seguinte solução. Segundo MAGALI BOUCARON-NARDETTO ⁹¹¹, o efeito negativo da competência-competência encontra o seu

⁹¹⁰ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 280.

⁹¹¹ MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, cit., p. 146, N. 139.

fundamento, no Direito francês, na teoria da aparência (*théorie de l'apparence*). De acordo com esta autora, a aparência da competência arbitral é que cria correlativamente a aparência da incompetência da justiça pública.

Contudo, a acepção do palavra “aparência” que deve ser retida não é a aparência enganadora (*apparence trompeuse*) consagrada pela conhecida “teoria da aparência”, nomeadamente nos Direitos francês e belga. Segundo a teoria da aparência, uma situação aparente pode produzir efeitos jurídicos que não lhe são normalmente próprios, quando, na realidade, não preencha as condições necessárias para esse fim.

Conta-se a história de *Marcus Barbatius Philippus*, um escravo fugitivo que dissimulou a sua condição, chegando a ser amigo de César, e posteriormente alcançou sob Marco António a função de pretor. Em 40 a.C., tornou-se *quaestor propraetore*⁹¹². O que levou ao reconhecimento do funcionário de facto no Direito romano. A aparência enganadora transporta consigo o erro, e não é apropriada para fundamentar o efeito negativo da convenção de arbitragem porque leva a uma confusão entre causa e efeito⁹¹³. Ela fundamenta-se no brocardo romano “*Error communis facit ius*”, irrelevante em Direito civil.

Uma outra acepção da aparência é, segundo a tese de AGNÈS RABAGNY⁹¹⁴, a que não dissimula a realidade, mas a revela. A noção da aparência consiste na averiguação da relação existente entre o Direito e a realidade⁹¹⁵. O aparente designa, ou a representação de um facto que exprime a realidade que se apresenta, ou uma construção enganadora sem coincidência com a realidade⁹¹⁶. A aparência é também o que se revela à vista, o que é visível e não enganador⁹¹⁷.

⁹¹² MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, cit., p. 147, N. 141.

⁹¹³ MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, cit., p. 147, N. 142.

⁹¹⁴ AGNÈS RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, thèse, Paris II, 2004, p. 13, n.º 26; MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, cit., p. 147, NN. 142-143.

⁹¹⁵ MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, cit., p. 147, N. 142.

⁹¹⁶ MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, cit., p. 147, N. 142.

⁹¹⁷ MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, cit., pp. 147-148, NN. 142-143.

A aparência da competência arbitral deve tomar em consideração um certo grau de certeza da conformidade da aparência à realidade⁹¹⁸. Trata-se de uma aparência verosímil ou *apparence vraisemblable*⁹¹⁹. A aparência séria da existência do direito serve de fundamento à sua tutela jurídica. Não se trata no caso do fundamento do efeito negativo da competência-competência da aparência enganadora, mas da simples aparência de conformidade da convenção arbitral à realidade.

1.3. Poderes de apreciação *ex officio*⁹²⁰?

Pode ser colocada a questão de saber se a apreciação da sua competência pelo árbitro é feita *ex officio* ou fica subordinada à excepção de incompetência formulada por uma das partes. A doutrina diverge⁹²¹. Uma primeira corrente doutrinária representada por MOTULSKY, BERGER, CLAY, GAVALDA e LEYSSAC, considera que o árbitro tem o direito e o dever de averiguar, como o juiz estadual, a sua competência⁹²². Uma segunda corrente doutrinária representada por POUDRET e BESSON, sustenta que o árbitro só apreciará a sua competência quando for contestada pela parte demandada em tempo útil, ou seja, *in limine litis*⁹²³.

Perante o Direito angolano, entendemos que o árbitro deve apreciar *ex officio* a própria competência, relativamente à *arbitrabilidade* do litígio. Tendo em conta que o direito de requerer a anulação da decisão arbitral é irrenunciável, a mesma poderá ser anulada pelo Tribunal Judicial se o litígio não foi susceptível de solução por arbitragem. De resto, observa-se que o tribunal arbitral, em regra geral, começa por constatar na sua decisão a existência e a validade de uma convenção de arbitragem entre as partes. Está

⁹¹⁸ MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, cit., p. 151, N. 145.

⁹¹⁹ MAGALI BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, cit., p. 151, N. 145.

⁹²⁰ Sobre esta questão, veja-se: LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 145.

⁹²¹ Veja-se: HENRI MOTULSKY, “Menace sur l’arbitrage: la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l’existence ou la validité d’une clause compromissoire”, in *Écrits*, t. 2, Dalloz, 1974, p. 189.

⁹²² Veja-se: DIAMVUTU, LINO, “Poderes do tribunal arbitral na apreciação da própria competência”, in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2011, pp. 118-119.

⁹²³ LINO DIAMVUTU, “Poderes do tribunal arbitral na apreciação da própria competência”, cit., p. 119.

implícita nessa afirmação preliminar a apreciação da própria competência pelo árbitro, ou seja o exercício da competência-competência.

1.4. Síntese comparativa e conclusiva

I. O efeito positivo do princípio da competência-competência é admitido em todos os sistemas jurídicos em estudo. A admissão do efeito negativo do princípio da competência-competência está sujeita à discussão, e é controvertida nalguns sistemas jurídicos (v.g. Bélgica, Inglaterra, *etc.*). Pode-se questionar se o princípio da competência-competência pode ser justificado essencialmente mediante a teoria jurisdicional, ou se efectivamente encontra o seu fundamento no princípio do *favor arbitrandum*.

II. A teoria jurisdicional é inconcludente para fundamentar a competência-competência⁹²⁴. O problema da competência-competência do tribunal arbitral tem carisma próprio. Em termos mais precisos, explica o Professor MENEZES CORDEIRO⁹²⁵, citando WERNER HARTMANN, que “a *Kompetenz-Kompetenz* tem, nos tribunais arbitrais, um alcance diverso do assumido nos tribunais do Estado. Não se trata, aí, de admissibilidade de um meio jurídico, mas da questão de saber se, num contrato, a convenção de arbitragem é válida e qual o seu alcance”.

O Professor MENEZES CORDEIRO⁹²⁶ refere-se à *Kompetenz-Kompetenz* como um “sortilégio tipicamente arbitral”. A competência-competência vai permitir “uma validade parcial assegurada das convenções arbitrais nulas, validade essa que habilita à constituição e ao funcionamento do tribunal, com o fito (mínimo) de apreciar a eficácia da convenção”⁹²⁷. Existe um paradoxo na *Kompetenz-Kompetenz*, conforme refere o ilustre Professor⁹²⁸, na medida em que “a determinação da competência pressupõe a

⁹²⁴ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international* ..., p. 590, N. 673: “Pour justifier la solution sur le plan théorique, certains auteurs mettent en avant la nature juridictionnelle de la mission de l'arbitre: véritable juge, l'arbitre doit, comme tout juge, être celui de sa compétence. La proposition peut toutefois ne pas convaincre et sembler relever de la pétition de principe, la question étant justement celle de savoir si le prétendu arbitre a bien cette qualité et donc un pouvoir de juger”.

⁹²⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 195, N. 38.

⁹²⁶ Expressão usada pelo Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 111.

⁹²⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 111.

⁹²⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 195.

fixação da validade e da eficácia da convenção de arbitragem a qual só é logicamente possível depois de apurada a competência”. Conclui que, na verdade, se o poder jurisdicional do árbitro resulta da vontade das partes, questiona-se como pode o mesmo decidir sobre a sua competência quando uma delas contesta o seu estatuto de árbitro⁹²⁹.

De modo algo metafórico, o Professor JEAN-BAPTISTE RACINE⁹³⁰ considera que é atribuído ao árbitro, no mínimo, “*uma faísca*” de competência (*une étincelle de compétence*) suficiente para lhe permitir decidir se é competente ou não para apreciar o mérito da causa. Presume-se que, de algum modo, o árbitro é juiz, pelo menos o tempo necessário para que confirme ou não a sua competência⁹³¹.

Segundo o Professor PIERRE MAYER⁹³², o paradoxo da competência-competência ilustra-se do seguinte modo: tudo se passa como se o árbitro tivesse o poder de “*s’élever au-dessus du sol en se tirant par les cheveux*” (elevar-se acima do solo puxando os seus próprios cabelos), o que revela a dificuldade de encontrar um fundamento para a competência-competência sem o recurso ao princípio do *favor arbitrandum*.

⁹²⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 195.

⁹³⁰ JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l'arbitrage*, cit., p. 282, N. 382: “Comment expliquer qu’un arbitre puisse lui-même juger s’il est compétent ou non? Une première explication a tenu à la conception contractuelle de l’arbitrage. Dans ce cadre, la compétence-compétence serait un effet de la convention d’arbitrage. En concluant une convention d’arbitrage, les parties exprimeraient dans le même temps la volonté implicite d’attribuer au tribunal arbitral la compétence de la compétence. Ce fondement doit être rejeté. Si la compétence-compétence découlait de la convention d’arbitrage, un arbitre ne pourrait jamais juger une convention d’arbitrage nulle ou inefficace, car, ce faisant, il ne serait plus compétent pour le dire! Il y a en la matière un cercle vicieux. Dès lors, la seule explication plausible vient d’une analyse juridictionnelle de l’arbitrage. L’arbitre, comme juge et comme tout juge, est juge de sa propre compétence. Ne pas lui permettre de statuer sur sa propre compétence serait lui “couper les ailes”. C’est un pouvoir inhérent à la fonction juridictionnelle qui lui est alloué. Il lui est donc attribué au minimum une “étincelle” de compétence suffisante pour lui permettre de dire s’il est compétent ou non pour apprécier au fond le litige qui lui est soumis. L’arbitre est en quelque sorte présumé juge le temps pour lui de le confirmer ou de l’infirmar”.

⁹³¹ Segundo Hugo Luís dos Santos, “O tribunal arbitral quando decide sobre a sua própria competência, previamente escorado na apreciação da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem fá-lo com um poder de decisão ficcional e temporário que deriva, justamente, do carácter volitivo da convenção de arbitragem: ao tribunal arbitral é conferido um poder de decidir ficcionalmente sobre a sua própria competência através da convenção de arbitragem. Esses poderes de decisão serão tão mais reais quanto maiores forem as probabilidades de existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem” (HUGO LUÍS DOS SANTOS, “A competência da competência arbitral e a convenção de arbitragem em Portugal e na Região Administrativa Especial de Macau: algumas notas à luz do Direito comparado”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 160).

⁹³² PIERRE MAYER, “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence”, cit., p. 319, n.º 11.

E, para o Professor THOMAS CLAY⁹³³, a competência-competência do árbitro é uma solução de puro pragmatismo. Esta posição é secundada pelo Professor MENEZES CORDEIRO ⁹³⁴, que considera que a pressão das arbitragens internacionais e considerações pragmáticas jogaram a favor da *Kompetenz-Kompetenz*.

III. Mais decisivo é o papel do *favor arbitrandum* na afirmação da *Kompetenz-Kompetenz* do árbitro. É o *favor arbitrandum* que, em definitivo, oferece fundamento jurídico à competência-competência do árbitro.

MERINO MERCHÁN e CHILLÓN MEDINA admitem que o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* encontre fundamento no princípio do *favor arbitrandum*. Segundo estes autores⁹³⁵, “(...) *el principio del ‘favor arbitrandi’ postula en apoyo de que los árbitros posean este mínimo poder, que constituye la base de una misión de carácter jurisdiccional típica, y de esta manera puedan proseguir sus actuaciones, evitando las maniobras dilatorias de las partes y continuando con su misión de juzgar hasta la sentencia*”.

O princípio do favorecimento é a causa primeira do princípio da *compétence-compétence*, conforme refere a Professora VAN DE CASTEELE ⁹³⁶. A evolução jurisprudencial verificada para a sua consagração acompanha o movimento de favorecimento da arbitragem a nível internacional. Lembremos, por exemplo, a jurisprudência francesa antes referida.

⁹³³ No seu dizer: “On a pu accepter par pur pragmatisme que l’arbitre soit, en vertu du principe compétence-compétence, compétent pour statuer sur la convention d’arbitrage – contrat auquel il est tiers – et dont l’objet est le mode de règlement arbitral du litige pour lequel il ne sera finalement qu’un instrument (...). Si l’arbitre est seul compétent tant sur le litige que sur la compétence du litige, comment pourrait-il l’être pour ce qui relève de la personne qui statue, c’est-à-dire lui-même? D’autant qu’en s’estimant valablement investi, l’arbitre ne fait que valider sa propre embauche, sachant qu’il touchera à terme des honoraires, et que ceux-ci sont parfois substantiels” (THOMAS CLAY, *L’arbitre*, cit., pp. 147-148).

⁹³⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 196.

⁹³⁵ JOSÉ F. MERINO MERCHÁN; JOSÉ M^a CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, cit., p. 1486, N. 3077.

⁹³⁶ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 325: “Il importe (...) de dérouler la généalogie des principes qui s’instaure entre le principe de compétence-compétence et le principe de faveur qui en est la cause première”; veja-se também: JÉRÔME BARBET, *Quel siège d’arbitrage choisir?*, Conférence da l’Association des Juristes franco-britanniques, 2013, p. 4 ; disponível em: https://www.google.co.ao/search?ei=FpPyWuGKKZD3gQaPyqLADw&q=Décisions+qui+appliquent+le+principe+de+favor+arbitrandum&oq=Décisions+qui+appliquent+le+principe+de+favor+arbitrandum&gs_l=psy-ab.3...13879.17519.0.17942.17.14.0.0.0.202.956.0j4j1.5.0...0...1c.1.64.psy-ab..12.4.767...35i39k1j33i160k1l.0.W9kU5Zbi1uk.

Na mesma linha de pensamento, SOFIA RIBEIRO MENDES⁹³⁷ afirma que “o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* e o reconhecimento de que o Tribunal arbitral é o primeiro a decidir sobre a sua própria competência (...) são manifestações desse princípio [o *favor arbitrandum*]”.

IV. Conforme já referimos *supra*, nos sistemas jurídicos português e francês, consagra-se expressamente o efeito negativo do princípio da competência-competência. Em acórdão de 2 de Junho de 2015 do Supremo Tribunal de Justiça português⁹³⁸, afirmou-se que “o tribunal judicial só poderá deixar de proferir a pertinente absolvição da instância se for manifesta, clara, patente, a invalidade ou a inexecutabilidade da cláusula”. O efeito negativo da *Kompetenz-Kompetenz* procura evitar, por um lado, manobras dilatórias de qualquer das partes na convenção de arbitragem; e, por outro, centralizar no tribunal arbitral o contencioso relativo à validade, eficácia e executabilidade da convenção⁹³⁹. Há, portanto, nesta vertente da regra *Kompetenz-Kompetenz* uma projecção do *favor arbitrandum*⁹⁴⁰. No mesmo sentido se pronuncia ERSE⁹⁴¹, para quem “a centralização dessas questões no tribunal arbitral reflete o ‘*favor arbitrandum*’ que inspira a lei portuguesa, evitando medidas dilatórias das partes envolvidas e corroborando para um ambiente de maior confiança em relação à utilização desse meio alternativo de resolução de controvérsias”⁹⁴².

⁹³⁷ SOFIA RIBEIRO MENDES, “Cinco anos de vigência da LAV: *Favor arbitrandum* na interpretação e aplicação jurisprudencial”, cit., p. 33.

⁹³⁸ Proc. n.º 1279/14.6TVLSB.S1

⁹³⁹ DÁRIO MOURA VICENTE, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, cit., p. 39.

⁹⁴⁰ DÁRIO MOURA VICENTE, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária anotada* ..., p. 39; “National Report for Portugal (2018)”, in Jan Paulsson and Lise Bosman (eds), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer, Supp. N.º 98, March, 2018, p. 7.

⁹⁴¹ CRISTIANO STARLING ERSE, “A desconsideração dos efeitos da convenção de arbitragem por razões económicas no Direito português”, in *Revista Videre*, Dourados, MS, v. 8, n.º 16, 1.º semestre, 2016, p. 96.

⁹⁴² Para a Professora VAN DE CASTEELE, o princípio do favorecimento justifica ainda a “prioridade de competência” do árbitro em relação ao juiz estadual para interpretar, rectificar ou completar a sentença arbitral, ainda que o seu poder jurisdicional esteja esgotado. Segundo as legislações estaduais, o poder jurisdicional do tribunal arbitral pode esgotar-se (i) quando for proferida a sentença definitiva ou quando for ordenado o encerramento do processo pelo tribunal arbitral; ou ainda (ii) com o trânsito em julgado da decisão arbitral ou da decisão homologatória da desistência da instância arbitral. Sendo certo que uma decisão transita em julgado quando se torna insusceptível de reclamação ou de recurso ordinário ou de reclamação. Uma vez transitada em julgado, a decisão passa a ter força de caso julgado. Os fundamentos quer subjectivo (baseado na vontade das partes de remeter o litígio aos árbitros), quer objectivo (baseado no princípio segundo o qual o árbitro é juiz natural da sua competência) revelam os seus limites. É preciso buscar no princípio do *favor arbitrandum* o fundamento dessa competência

após o esgotamento do seu poder jurisdicional (LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 357).

2. Alargamento da arbitrabilidade objectiva

2.1. Considerações preliminares

I. Por arbitrabilidade objectiva (*objektive Schiedsfähigkeit*), entende-se a susceptibilidade de o litígio ser submetido à solução arbitral, de acordo com os critérios definidos em determinado ordenamento jurídico estadual⁹⁴³. A arbitrabilidade é uma noção de geometria variável, em função do carácter interno ou internacional da arbitragem e da ideologia político-económica de cada Estado⁹⁴⁴. O campo da arbitrabilidade constitui um dos principais indicadores sobre a legitimidade reconhecida à arbitragem numa determinada ordem jurídica⁹⁴⁵.

II. Durante muitos anos predominou – e ainda hoje continua em muitos ordenamentos jurídicos – o critério da arbitrabilidade de litígios com base na disponibilidade dos direitos⁹⁴⁶. Segundo o critério da disponibilidade de direitos, o litígio é arbitrável quando incide sobre um direito disponível, ou seja, quando o seu titular pode renunciar-lhe ou transigir. Assim, são considerados indisponíveis os direitos que as partes não podem constituir ou extinguir por acto de vontade e os que não são renunciáveis. De acordo com o Professor FERREIRA DE ALMEIDA⁹⁴⁷, a disponibilidade ou indisponibilidade de direitos não se afere instituto a instituto, mas deve ser avaliada questão a questão, considerando a causa de pedir e, eventualmente, os termos em que é formulado o pedido. Por conseguinte, “não se deve considerar como excluídos na sua totalidade os litígios relativos a direitos de personalidade, de família, sucessórios ou ao contrato de arrendamento. Em todos estes institutos, há matérias susceptíveis e matérias insusceptíveis de decisão arbitral”⁹⁴⁸.

⁹⁴³ Segundo Patrice Level, a arbitrabilidade é “la qualité qui s’applique à une matière, à une question ou à un litige, d’être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres” (PATRICE LEVEL, “L’arbitrabilité”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 2, 1992, p. 213).

⁹⁴⁴ LAURENCE RAVILLON, “¿Qué queda del concepto de inarbitrabilidad?”, cit., p. 58.

⁹⁴⁵ FRÉDÉRIC BACHAND, “Note – Seidel v. Telus Communications Inc., Cour Suprême du Canada, 18 March 2011”, in *Revue de l’arbitrage*, 2011, N.º 2, pp. 533-541.

⁹⁴⁶ ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema 21. Arbitraje privado internacional”, cit., p. 1735.

⁹⁴⁷ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de Arbitragem: conteúdo e efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2007, p. 86.

⁹⁴⁸ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de Arbitragem: conteúdo e efeitos”, cit., p. 86.

III. Existem segundo PATRICE LEVEL⁹⁴⁹, três graus de indisponibilidade. Em primeiro lugar, há direitos absoluta e definitivamente indisponíveis ou indisponíveis por natureza. Pode-se citar por exemplo, as matérias relativas ao estatuto pessoal e à capacidade. Em segundo lugar, existem direitos parcialmente disponíveis, v.g. os direitos pecuniários resultantes do Direito patrimonial da família (*quantum* do direito a alimentos). E, em terceiro lugar, há direitos indisponíveis no estado de direito “eventual” e disponíveis quando transitam para o estado de direito nascido e actual (como ocorre em matéria de Direito do trabalho)⁹⁵⁰. A respeito da arbitrabilidade objectiva dos litígios, uma evolução reflectindo o *favor arbitrandum* pode ser observada do ponto de vista legislativo, doutrinário e jurisprudencial.

2.2. Evolução legislativa

2.2.1. Legislações de “primeira geração”⁹⁵¹

I. As legislações que mantêm o critério da disponibilidade dos direitos como critério da arbitrabilidade ainda são numerosas. No entanto, como observa o Professor BERNARD HANOTIAU⁹⁵², a aplicação de tal critério tem suscitado inúmeras dificuldades, especulações, e hesitações. Assim, encontram-se nessa categoria: os Direitos angolano, brasileiro, espanhol e francês (com alguma particularidade em relação à noção de ordem pública)⁹⁵³.

⁹⁴⁹ PATRICE LEVEL, “L’arbitrabilité”, cit., p. 222; BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 933.

⁹⁵⁰ Veja-se também: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, Almedina 2005, p. 376; POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., pp. 306 e ss.; POUDRET; BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 289, NN. 337 e ss..

⁹⁵¹ Expressão nossa. O Professor BERNARD HANOTIAU usa a expressão de legislações de “terceira categoria”. Veja-se: “L’arbitrabilité des litiges dans l’ordre interne belge dans une perspective comparative”, in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Vol. 59, Ed. Formation permanente CUP, Déc. 2002, p. 77; BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité”, in *RCADI*, 2002, p. 97.

⁹⁵² BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité des litiges dans l’ordre interne belge dans une perspective comparative”, in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Vol. 59, Ed. Formation permanente CUP, Déc. 2002, p. 77; BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité”, cit., p. 97.

⁹⁵³ No Direito canadiano, veja-se: FABIEN GÉLINAS, “*Favor arbitrandum* et *favor validitatis*”, cit., pp. 29- 46: “Le domaine de l’arbitrabilité a pris beaucoup d’ampleur depuis la réforme et il semble bien que le pendule en arrive à la fin de sa course. Pour éviter qu’il ne dérègle le mécanisme en allant trop loin, ou en repartant trop vite dans l’autre direction, et surtout pour assurer une sécurité juridique digne d’un mécanisme aussi importante, j’en conclus modestement que des dispositions législatives plus claires sur l’arbitrabilité seraient utiles, et ce, au-delà du domaine de la consommation. Il s’agirait pour

II. No Direito angolano, o n.º 1 do artigo 1.º da LAV dispõe que todos aqueles que dispuserem de capacidade contratual podem, nos termos da lei, recorrer a um tribunal arbitral para resolver litígios relativos a direitos disponíveis, mediante convenção de arbitragem, desde que por lei especial não estejam exclusivamente submetidos a tribunal judicial ou à arbitragem necessária. O critério da arbitrabilidade no Direito angolano é o da disponibilidade dos direitos disputados. A capacidade contratual do n.º 1 do artigo 1.º da LAV refere-se à capacidade de exercício dos direitos.

III. O artigo 1.º da lei brasileira da arbitragem refere-se ao critério da arbitrabilidade de litígios patrimoniais disponíveis. De acordo com o referido artigo, as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Na aplicação do critério da arbitrabilidade do Direito brasileiro, a disponibilidade assume uma relevância essencial porque os direitos não patrimoniais são, em regra, indisponíveis.

IV. No Direito espanhol, o artigo 2.º, n.º 1 prevê que “*son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*”. A jurisprudência espanhola distingue claramente o conceito da indisponibilidade da matéria, a qual determina o âmbito objectivo da arbitragem, do da imperatividade da norma aplicável⁹⁵⁴.

V. No Direito francês, os artigos 2059.º e 2060.º do *Code Civil* referem-se à disponibilidade dos direitos com a ligação à noção de ordem pública. Dispõe o artigo 2059.º do *Code Civil* francês que “*Toutes les personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition*”; e o artigo 2060.º determina que “*On ne peut compromettre sur les questions d’état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l’ordre public. Toutefois, des catégories d’établissements*

le législateur de répondre à l’appel de la Cour suprême et de mieux définir comme politique publique le degré de faveur arbitrale souhaité dans la détermination de l’arbitrabilité. Sans s’avancer plus avant dans l’étude des critères envisageables, il y a de fortes raisons de croire, suivant les exemples suisse et allemand, que tout intérêt financier devrait, en principe, pouvoir faire l’objet d’un arbitrage”.

⁹⁵⁴ STSJ Andalucía, Granada [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 16/2013 de 16 de diciembre (JUR 2014, 89535) in: IGNACIO ESTEBAN MONASTERIO *et al.*, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 26.

publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre”. No entanto, apesar de o legislador manter o critério da disponibilidade de direitos, conforme já se referiu, a jurisprudência francesa colocou-se na vanguarda da evolução do Direito francês da arbitragem internacional. A arbitrabilidade em matéria de contratos internacionais aprecia-se com recurso ao conceito de ordem pública internacional.

2.2.2. Legislações de “segunda geração”⁹⁵⁵

I. As legislações que chamamos de “segunda geração” passaram a definir a arbitrabilidade de modo mais abrangente. A LDIP suíça⁹⁵⁶ prevê, em matéria da arbitragem internacional, a aplicabilidade do critério da patrimonialidade (*economic interest*). De acordo com o n.º 1 do artigo 177.º: “*Toute cause de nature patrimoniale peut faire l’objet d’un arbitrage*”. E, segundo um acórdão do Tribunal Federal suíço, datado de 23 de Junho de 1992, o critério da patrimonialidade abrange “*toutes les prétensions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d’actif ou de passif, autrement dit les droits qui présentent, pour l’une au moins de celles-ci, un intérêt pouvant être apprécié en argent*”⁹⁵⁷. Aplicando-se o critério da patrimonialidade, o Direito suíço da arbitragem internacional permite a resolução arbitral de litígios que não são arbitráveis noutros países, a saber⁹⁵⁸: a anulação de decisões de uma pessoa colectiva, os litígios sobre a validade de direitos de propriedade intelectual, os litígios de consumo, os litígios em matéria de arrendamento, os litígios em matéria de contratos de trabalho, os litígios em matéria de Direito da concorrência, as questões de corrupção.

⁹⁵⁵ Existem ainda legislações que enumeram directamente as matérias inarbitráveis. É o caso da lei chinesa de 31 de Agosto de 1994 (Veja-se: *Revue de l’arbitrage*, 1995, pp. 411 e 527). O recurso à arbitragem não é permitido em relação aos seguintes litígios: “1. Os litígios relativos ao casamento, adopção, tutela, perfilhação e sucessões; 2. Os litígios administrativos que devem, segundo a lei, ser submetidos a autoridades administrativas”.

⁹⁵⁶ O critério da disponibilidade de direitos está previsto também no Direito suíço, relativamente à arbitragem interna. Nos termos do artigo 354.º do *Code de Procédure Civile*, “*l’arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties*”; KLAUS PETER BERGER, “The arbitration agreement under the Swedish 1999 Arbitration Act and the German 1998 Arbitration Act”, *Arbitration International*, Volume 17, N.º 4, 2001, p. 393.

⁹⁵⁷ In *Revue de l’arbitrage*, 1993, p. 693; P. LALIVE; J.F. POUDRET e C. REYMOND, “Le droit de l’arbitrage interne et international en Suisse”, Ed. Payot, Lausanne, 1989, sous art. 177, n.º 2; GUY KEUTGEN; GEORGES-ALBERT DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, Tome II, 2ª edition ..., p. 792.

⁹⁵⁸ KAUFMANN-KOHLER; RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 105.

II. Em 1998, o legislador alemão ampliou o âmbito da arbitrabilidade, optando pelo critério da patrimonialidade, que combinou com o da transigibilidade de direitos⁹⁵⁹. O n.º 1 do § 1030 do ZPO⁹⁶⁰ dispõe que: “qualquer pretensão que envolva um interesse económico (“*vermögensrechtlicher Anspruch*”⁹⁶¹) pode ser objecto de uma convenção de arbitragem. Uma convenção de arbitragem relativa a pretensões que não envolvam um interesse económico será juridicamente eficaz na medida em que as partes possam sobre elas concluir transacção”. O n.º 2 do mesmo parágrafo declara nulas as convenções de arbitragem que versem sobre litígios relativos a arrendamentos. Segundo TRITTMANN e HANEFELD⁹⁶², todos os litígios que envolvam direitos patrimoniais são arbitráveis, com excepção dos que forem expressamente excluídos da arbitragem por uma disposição legal. Dá-se uma interpretação ampla do § 1030, n.º 1 do ZPO, no sentido de que os litígios patrimoniais são, não apenas os que impliquem o pagamento de uma quantia em dinheiro, mas igualmente as acções declaratórias e de modificação contratual (*Gestaltungsklagen*)⁹⁶³.

III. No Direito português, admite-se a arbitragem de litígios relativos a interesses patrimoniais (não havendo lei de excepção) e dos relativos a questões (“interesses”) não-patrimoniais, que possam ser superados por acordo entre as partes⁹⁶⁴.

⁹⁵⁹ Veja-se: TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability”, in Patricia Nacimiento, Stefan Michael Kroll, *et al.* (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, pp. 94-104; LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 105.

⁹⁶⁰ § 1030 ZPO (Arbitrability):

“(1) Any claim involving an economic interest can be the subject of an arbitration agreement. An arbitration concerning claims not involving an economic interest shall have legal effect to the extent that the parties are entitled to conclude a settlement on the issue in dispute.

(2) An arbitration agreement relating to the disputes on the existence of a lease of residential accommodation within Germany shall be null and void. This does not apply to residential accommodation as specified in § 549 subsection 2 numbers (1) to (3) BGB.

(3) Statutory provisions outside this Book by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration, or may be submitted to arbitration only under certain conditions, remain unaffected”.

⁹⁶¹ SCHWAB;WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit – Kommentar ...*, cit., p. 36; KLAUS LIONNET, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 54.

⁹⁶² TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability”, cit., p. 98.

⁹⁶³ TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability”, cit., p. 98.

⁹⁶⁴ RUI MANUEL MOURA RAMOS, “O novo Direito português da arbitragem”, cit., p. 574; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem ...*, cit., p. 94; Para a Professora Mariana França Gouveia, o critério da patrimonialidade é, possivelmente, o conceito de arbitrabilidade que permite, na

Nos termos do artigo 1.º da LAVP: “1. Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros. 2. É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido”. A arbitrabilidade objectiva depende da patrimonialidade ou da transigibilidade/disponibilidade dos direitos controvertidos ou das pretensões, combinando-se os dois critérios, com prevalência ao critério da patrimonialidade⁹⁶⁵.

Assim, como salienta o Professor MENEZES CORDEIRO⁹⁶⁶: “a transaccionalidade (...) postula a presença de situações jurídicas (“interesses”) não-patrimoniais, cujos litígios possam ser superados por acordo entre as partes. Tal o caso de litígios relativos a pretensões morais ou, até, a questões decorrentes de divórcio ou de separação de bens. Dúvidas ocorriam no domínio societário. Surgiam perplexidades com a arbitrabilidade do arrendamento, em áreas de vinculismo intenso, como a da (antiga) resolução do contrato pelo senhorio, que exigia uma ‘ação judicial’ (55.º, 60.º/2 e 70.º do RAU). O Professor Lima Pinheiro optava pela não-arbitrabilidade, depondo Pinto Furtado em sentido inverso. Hoje, tudo fica claro: estamos perante posições transaccionáveis: logo arbitráveis. A presença de normas imperativas não contende com a arbitrabilidade. Os árbitros aplicam-nas, correctamente, podendo mesmo dispensá-las nas arbitragens internacionais. Apenas no caso extremo de violação da ordem pública, o problema se poderia pôr”.

III. Na mesma linha de orientação, o legislador belga procedeu à reforma do Direito da Arbitragem, alterando os artigos do seu Código Judiciário, em 2013, e

sua concretização, maior amplitude. Um determinado litígio será arbitrável “se envolver qualquer tipo de interesse económico, não sendo relevante se a relação subjacente é comercial ou privada, civil ou administrativa, de Direito nacional ou de Direito Internacional”. No entanto, entende a referida autora que se trata do conceito menos seguro na medida em que comporta o risco de as partes não poderem executar a sentença arbitral fora do país onde foi proferida. Não sendo muito liberal o país do reconhecimento da sentença em relação ao país do lugar da arbitragem, o reconhecimento poderá ser pura e simplesmente negado (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 138).

⁹⁶⁵ MARIA HELENA BRITO, “Arbitragem internacional. A propósito da nova lei da arbitragem voluntária”, cit., p. 124; GONÇALO MALHEIRO; PEDRO SOUSA UVA, “Portugal Finally Approves its New Arbitration Law”, in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2012, pp. 327 e ss.; CLÉMENT FOUCHARD; FILIPE VAZ PINTO, “La nouvelle loi portugaise sur l’arbitrage”, cit., p. 373.

⁹⁶⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 94.

adoptou no artigo 1676.º, n.º 1 um novo critério de arbitrabilidade objectiva. Dispõe o referido artigo que “*Toute cause de nature patrimoniale peut faire l’objet d’un arbitrage. Les causes de nature non-patrimoniale sur lesquelles il est permis de transiger peuvent aussi faire l’objet d’un arbitrage*”. O critério da arbitrabilidade objectiva passa, assim, a ser o da patrimonialidade dos direitos. Trata-se de um critério de extensão maior do que o critério da disponibilidade.

2.2.3. Critérios do *Common Law*

IV. De acordo com a alínea b) da secção 1.^a do *Arbitration Act*: “*The parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest*”. Num modelo *sui generis*, a arbitrabilidade é regulada pelo *Common Law* no Direito inglês, não correspondendo a nenhum dos acima referidos⁹⁶⁷ [artigo 81.º, n.º1, a)]. POUDRET e BESSON⁹⁶⁸ afirmam que a arbitrabilidade, no Direito inglês, é definida de modo abrangente, sendo as restrições apenas respeitantes (i) a litígios que ponham em causa direitos de terceiros (“*the public at large*”), *v.g.*, a anulação de patente; e, (ii) a litígios relativos a fraudes praticadas por uma das partes a um contrato cujo objecto seja ilícito. Para o Professor LIMA PINHEIRO⁹⁶⁹, deve-se considerar como inarbitráveis, segundo a doutrina, “as questões extra-jurídicas ou relativas a deveres que o Estado, actuando no interesse público, tutela através dos seus próprios mecanismos. É controverso até que ponto as questões suscitadas por contratos nulos devido a ilegalidade ou imoralidade são arbitráveis. As matérias jurídico-familiares não se encontram genericamente excluídas”. Nos Estados Unidos da América, não se definiu qualquer critério da arbitrabilidade na lei, sendo este objecto de uma construção jurisprudencial. A única restrição legal respeita aos litígios laborais. De resto, a jurisprudência considerou como inarbitráveis os litígios envolvendo importantes interesses públicos⁹⁷⁰.

⁹⁶⁷ POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 308, N. 341; *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 290, N. 341.

⁹⁶⁸ POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 308, N. 341; *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 290, N. 341.

⁹⁶⁹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional ...*, cit., p. 106.

⁹⁷⁰ CLÁUDIA TRABUCO; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “A arbitrabilidade das questões de concorrência no Direito português: *The meeting of two black arts*”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, Almedina, 2011, p. 451.

V. Nos Estados Unidos da América, a arbitrabilidade tem um sentido mais amplo, uma vez que abrange a questão da existência do consentimento das partes e das limitações legais ao recurso à arbitragem⁹⁷¹. A arbitrabilidade deduz-se, em primeiro lugar, da vontade das partes. Nesse sentido, é arbitrável o que as partes, de comum acordo, sujeitaram à arbitragem⁹⁷². Em segundo lugar, deduz-se do Direito em vigor. É arbitrável o que, nos termos das normas aplicáveis, possa ser objecto de arbitragem. A noção de arbitrabilidade integra a vontade das partes, assemelhando-se quase à competência arbitral⁹⁷³.

No caso *Oriental Commercial and Shipping Co. Ltd vs. Rosseel N.V.* (1985)⁹⁷⁴, o Tribunal do Distrito de Nova Iorque afirmou que “*The parties to a contract can agree to settle disputes arising thereunder by arbitration. Federal law, which governs whether the parties have agreed to arbitrate (...) requires the Court to apply general contract principles and the federal policy favoring arbitration in contracts governed by the United States Arbitration Act*”.

O Tribunal do 2.º Circuito dos Estados Unidos estabeleceu, no caso *Imports Ltd v. Saporiti Italia SpA* (1997)⁹⁷⁵ um teste em duas partes na apreciação da arbitrabilidade de litígios⁹⁷⁶. Em primeiro lugar, o tribunal deve determinar se as partes consentiram na arbitragem; e, em segundo lugar, se tal consentimento existir, o tribunal deve analisar se o âmbito da convenção de arbitragem abrange os litígios⁹⁷⁷. Trata-se de um teste que visa determinar a jurisdição do tribunal, bem como a arbitrabilidade do litígio⁹⁷⁸.

Verificou-se, por conseguinte, no século XX, o declínio da doutrina da inarbitrabilidade (*Non arbitrability doctrine*), sendo de assinalar as posições tomadas pelo Tribunal Federal americano nos casos *Scherk v. Alberto-Culver Co.* (1974)⁹⁷⁹,

⁹⁷¹ OUSMANE DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage*, PUF, 2010, pp. 43-44. Sobre esta questão, veja-se: PETER SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 290, N. 293.

⁹⁷² OUSMANE DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage*, cit., p. 44.

⁹⁷³ OUSMANE DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage*, cit., p. 44.

⁹⁷⁴ 68 U.S. 75 (1985); disponível em: www.newyorkconvention.org.

⁹⁷⁵ 117 F3d 655, 666 (2d Cir 1997).

⁹⁷⁶ ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes – International and English Law Practice*, cit., p. 108.

⁹⁷⁷ ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes – International and English Law Practice*, cit., p. 108.

⁹⁷⁸ ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes – International and English Law Practice*, cit., p. 108.

⁹⁷⁹ 417 U.S. 506 (1974).

Moses H. Cone (1983)⁹⁸⁰ e *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc* (1985)⁹⁸¹ que estabelecem uma forte presunção de arbitrabilidade dos litígios do comércio internacional. Trata-se de uma política encorajada pela legislação federal americana sobre a arbitragem.

2.3. Evolução doutrinária e jurisprudencial

O Professor BERNARD HANOTIAU⁹⁸² é um dos cultores do Direito da Arbitragem que analisou, num estudo notável, a evolução doutrinária e jurisprudencial da arbitrabilidade objectiva. À luz de que Direito deve ser apreciada a arbitrabilidade objectiva? Importa salientar que a questão da arbitrabilidade objectiva pode se colocar perante o tribunal arbitral ou perante o tribunal judicial em diferentes momentos, conforme veremos *infra*.

⁹⁸⁰ 460 U.S. 1 (1983); JEANETTE JAEGLI, “Ideologies of arbitration”, cit., pp. 250-251.

⁹⁸¹ 473 U.S. 614 (1985).

⁹⁸² BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., pp. 899-966; BERNARD HANOTIAU, “What law governing the issue of arbitrability?”, in *Arbitration International*, Vol. 12, N.º 4, 1996, p. 391-403; Veja-se também: ANA LUIZA BARRETO DE ANDRADE FERNANDES NERY, *Class Arbitration: Instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual*, São Paulo, 2015, pp. 126-127: “Nas últimas décadas, a evolução da arbitragem procedeu-se principalmente na liberalização do domínio da arbitrabilidade. Este movimento denomina-se *favor arbitrandum*. Para Bernard Hanotiau, *favor arbitrandum* é princípio que deve guiar o juiz em caso de dúvida quanto à arbitrabilidade de um litígio. As hesitações quanto às questões arbitráveis devem ser resolvidas em favor da arbitragem, devendo considerar-se, ainda, que o problema reside na interpretação dos termos do contrato ou na apreciação de uma excepção de inarbitrabilidade. Trata-se de movimento desenvolvido notadamente na arbitragem internacional, caracterizado pela extrapolação, em nível transnacional, de uma forte tendência doutrinária, jurisprudencial e normativa em favor da ampliação dos limites a que se confronta a arbitragem como método de resolução de conflitos. Apesar de poucas ocasiões nas quais tribunais internacionais defenderam ser a arbitragem um instrumento inapropriado, vislumbra-se o surgimento de uma tendência em que o alcance das matérias arbitráveis tem sido alargado”. ; disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7003/1/Ana%20Luiza%20Barreto%20de%20Andrade%20Fernandes%20Nery.pdf>.

2.3.1. A determinabilidade da arbitrabilidade objectiva

a) Pelo tribunal arbitral

1º A aplicação da lei escolhida pelas partes

Quando o tribunal arbitral é chamado a apreciar a arbitrabilidade objectiva deve fazê-lo em primeiro lugar com base na lei escolhida pelas partes (lei da autonomia ou lei aplicável à convenção de arbitragem). Tal solução é preconizada pelo artigo II (1) da CNI. A doutrina assinala vários problemas relacionados com a aplicação da lei escolhida pelas partes. São poucas as vezes que as partes determinam a lei própria à convenção de arbitragem. Na ausência de tal designação, uma tendência doutrinária dominante defende que o tribunal deva aplicar à convenção de arbitragem a lei que rege o contrato principal. Entende-se que, na falta de indicação expressa da lei aplicável à convenção de arbitragem, as partes quiseram sujeitá-la à mesma lei interna que o contrato principal. Alguns autores consideram inadmissível tal aplicação, na medida em que abre às partes a possibilidade de escolherem um direito excessivamente liberal quanto à arbitrabilidade, adquirindo um controlo indirecto sobre uma questão respeitante às limitações a impor à sua actuação⁹⁸³. Por outro lado, tal solução conduz a um tratamento não homogéneo da questão da arbitrabilidade⁹⁸⁴.

Na ausência de designação da lei aplicável à convenção de arbitragem, os árbitros consideraram que a convenção de arbitragem era regida, não por um Direito estadual, mas pelos usos conformes às necessidades do comércio internacional⁹⁸⁵. Segundo o Professor BERNARD HANOTIAU⁹⁸⁶, a incompatibilidade entre a cláusula arbitral e o teor de um Direito pretensamente aplicável que reputa inarbitrável o litígio deve resolver-se a favor da arbitrabilidade porque os árbitros devem presumir que as partes não quiseram situar as suas relações contratuais num sistema não adequado para

⁹⁸³ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉROME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 535, N. 634.

⁹⁸⁴ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉROME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 535, N. 634.

⁹⁸⁵ BERNARD HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen", cit., p. 909.

⁹⁸⁶ BERNARD HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen", cit., p. 910.

as mesmas. Segundo este autor⁹⁸⁷: “*L’on voit en effet de plus en plus la ‘favor arbitrandum’ dominer la détermination de l’arbitrabilité du litige*”.

Existe uma forte presunção de arbitrabilidade em matéria de contratos internacionais. Se a lei escolhida pelas partes reputar o litígio inarbitrável, duas posições são defensáveis. Na primeira, considera-se que os árbitros deverão respeitar a vontade das partes. Importará, no entanto, verificar se a proibição da arbitragem se refere a litígios internacionais, ou apenas a litígios internos. Na segunda, admite-se que seja possível ultrapassar a proibição legal, aplicando-se o princípio geral da arbitragem internacional que impõe a arbitrabilidade contra a lei normalmente aplicável⁹⁸⁸. Tal sucederá, por exemplo, se determinada legislação prescreve que a nulidade do contrato principal acarreta a da cláusula compromissória, de tal modo que o litígio não possa ser resolvido por via arbitral, sendo a autonomia da cláusula compromissória um princípio transnacional da arbitragem comercial internacional⁹⁸⁹.

2º A aplicabilidade da lei da sede da arbitragem

Não existe qualquer obrigação, defende a doutrina, para os árbitros de determinar a arbitrabilidade do litígio por aplicação da lei da sede da arbitragem⁹⁹⁰. Mas, pode ocorrer, observa o Professor BERNARD HANOTIAU⁹⁹¹, que o Direito da sede da arbitragem contenha em matéria de arbitrabilidade uma regra material de Direito Internacional Privado, prevendo a sua aplicabilidade a todas as arbitragens sediadas nesse Estado quanto aos critérios de determinação da arbitrabilidade. Neste caso, deve o tribunal arbitral respeitar tais critérios. Assim, a lei da sede pode ter alguma incidência quando a lei aplicável declarar o litígio inarbitrável contrariamente à lei da sede. Tal pode ocorrer quando a lei da sede contém uma regra material que considere arbitrável o litígio em causa (mesmo que seja de origem jurisprudencial), ou quando a lei estrangeira aplicável contraria um princípio transnacional da arbitragem comercial internacional. Poderá também a lei da sede aplicar-se quando a lei aplicável à

⁹⁸⁷ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 911.

⁹⁸⁸ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 914.

⁹⁸⁹ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 914.

⁹⁹⁰ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉROME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, cit., p. 537, n. 636.

⁹⁹¹ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 914.

convenção de arbitragem declare o litígio arbitrável, contrariando um princípio de ordem pública internacional do ordenamento jurídico do país da sede⁹⁹².

3º A aplicabilidade das leis imperativas do lugar de execução da sentença

A doutrina diverge sobre a questão. Para uma primeira corrente representada por YVES DERAINS⁹⁹³, o tribunal arbitral não está, *a priori*, obrigado a aplicar as regras estrangeiras de ordem pública do país onde a sentença será executada. Em primeiro lugar, invoca-se a contradição de os árbitros decidirem em função de disposições de ordem pública do lugar da execução da sentença, quando é precisamente o resultado da sua decisão que deve permitir conhecer a parte condenada⁹⁹⁴. Em segundo lugar, a dispersão internacional dos activos torna em muitos casos imprevisível o lugar da execução da sentença. Em terceiro lugar, não se vê porque é que ao árbitro se exigiria mais do que ao juiz estadual que não se preocupa com isso⁹⁹⁵. Para uma segunda corrente contrária, representada pelo Professor PHILIPPE FOUCHARD, a necessidade da eficácia deve nortear a actuação do árbitro⁹⁹⁶.

b) Pelo tribunal judicial

(i) Apesar da existência da convenção de arbitragem

Quando a questão da arbitrabilidade do litígio se coloca ao juiz estadual, as seguintes posições são defensáveis.

1º A aplicação da *lex fori*

Uma primeira tendência jurisprudencial afirma que o tribunal estadual deve decidir a questão da arbitrabilidade por aplicação do seu próprio Direito (*lex fori*). Ela baseia-se nos artigos II e V da CNI, que devem ser interpretados de modo harmónico.

⁹⁹² BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 914.

⁹⁹³ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 915.

⁹⁹⁴ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 915.

⁹⁹⁵ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, cit., p. 536, N. 635.

⁹⁹⁶ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 915.

Um acórdão do Tribunal de Cassação italiano, de 27 de Abril de 1979⁹⁹⁷, resume bem os argumentos a esse respeito. Segundo ele: “O artigo II e o artigo V da convenção dizem respeito a dois aspectos diferentes do procedimento arbitral: a convenção de arbitragem e a sentença. Requerem a mesma interpretação. Como o artigo V se refere expressamente à lei do foro, deve ser igual em relação ao artigo II, parágrafo 3. Aqui, igualmente, o juiz deve aplicar o seu próprio Direito quando decide se um litígio é susceptível de arbitragem e se há que remeter as partes à jurisdição arbitral”.

Para o Professor BERNARD HANOTIAU⁹⁹⁸, o tribunal estadual que deve apreciar a arbitrabilidade não estará necessariamente sediado no país do lugar da execução. Assim, aplicando a *lex fori*, a pretensa coerência que se procura dar aos artigos II e V fica quebrada. Prefere o referido autor a aplicabilidade pelo juiz estadual da lei do lugar da execução, ao invés da *lex fori*. A aplicação da lei da sede levanta no seio da doutrina uma preocupação, na medida em que, se por um lado o artigo V, 2º, a) da CNI permite que os tribunais neguem o reconhecimento de uma sentença arbitral se a matéria, de acordo com a sua *lex fori*, não for arbitrável, não é claro para os árbitros qual ordenamento devem considerar para determinar a sua arbitrabilidade⁹⁹⁹.

Para o Professor LIMA PINHEIRO¹⁰⁰⁰, “a aplicação da lei do foro à questão da arbitrabilidade, quando ela se suscite como excepção processual, pode conduzir a uma desarmonia internacional de soluções, que encerra o risco de conflitos positivos e negativos. Por exemplo, a acção é proposta no Estado A, em violação de uma convenção de arbitragem que fixa o lugar da arbitragem no Estado B. Se o Direito do Estado A considerar o litígio arbitrável e o Direito do Estado B excluir a arbitrabilidade, o tribunal do Estado A, aplicando a lei do foro, considerar-se-á incompetente, mas existe o risco de o tribunal arbitral também se considerar incompetente por aplicação do Direito do Estado B ou, caso não se considere incompetente, que a decisão seja anulada pelos tribunais do Estado B”.

⁹⁹⁷ *Foro it.* (1981), ICC. 190-194; *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1979, n.º 3, pp. 565-571; *Yearbook*, 1981, p. 229; BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 923.

⁹⁹⁸ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 924; ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, cit., p. 48.

⁹⁹⁹ JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO, “A arbitragem internacional na lei de arbitragem espanhola após a reforma de 2011”, cit., p. 233.

¹⁰⁰⁰ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 217.

2º A aplicação da lei da sede da arbitragem

A aplicação do Direito da sede da arbitragem à questão da arbitrabilidade suscitada no quadro da excepção de preterição de tribunal arbitral acarreta algumas dificuldades e inconvenientes¹⁰⁰¹. Em primeiro lugar, haverá risco de desarmonia interna de soluções consoante a questão seja levantada no âmbito de uma excepção processual ou na fase do reconhecimento e execução. Em segundo lugar, os tribunais de um Estado poderiam considerar-se incompetentes em relação a um litígio com base na aplicação da lei estrangeira da sede da arbitragem à questão da arbitrabilidade e, por outro lado, o reconhecimento da decisão poderia ser negado no mesmo Estado por se tratar de litígio que não pode ser submetido à arbitragem perante o Direito do foro¹⁰⁰². Em terceiro lugar, pode não existir uma ligação significativa entre o Estado da sede da arbitragem e o objecto do litígio¹⁰⁰³.

3º A aplicabilidade de critérios de arbitrabilidade diferentes

Uma certa tendência jurisprudencial admite a possibilidade de aplicação de critérios de arbitrabilidade diferentes ao mesmo litígio. Nesta linha de orientação, um acórdão do Tribunal de Apelação de Bruxelas, datado de 4 de Outubro de 1985¹⁰⁰⁴, decidiu que a arbitrabilidade de um litígio deveria ser determinada com base em critérios divergentes em função do nível em que se coloca o problema: apreciação da validade da convenção de arbitragem ou reconhecimento/execução da sentença arbitral. No primeiro caso, a arbitrabilidade deveria ser determinada em função da lei que rege a referida convenção, ou seja, a lei da autonomia; no segundo caso, a arbitrabilidade apreciar-se-ia com base na *lex fori*.

¹⁰⁰¹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 217.

¹⁰⁰² LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 218.

¹⁰⁰³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 218.

¹⁰⁰⁴ In *Journal des Tribunaux*, 1986, p. 93 et commentaires de A. Kohl; *Rev. dr. Int. et dr. comp.*, 1987, p. 296; *Yearbook*, 1989, p. 618; BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 925.

4º A apreciação da arbitrabilidade com base na ordem pública internacional

Em relação aos ordenamentos jurídicos que aplicam o critério da disponibilidade de direitos para aferir da arbitrabilidade objectiva, a relevância da ordem pública coloca-se com acuidade. O próprio critério da disponibilidade de litígios refere-se à ordem pública. É porque a submissão de uma matéria à arbitragem repugna à ordem pública que será indisponível v.g. o estado e a capacidade das pessoas. No entanto, observa-se que o carácter indisponível dos direitos submetidos à arbitragem não se equipara ao carácter de ordem pública das regras aplicáveis à solução do litígio. Assim, a arbitrabilidade objectiva não fica excluída pelo motivo de que uma regulamentação de ordem pública há-de ser aplicada pelos árbitros. A jurisprudência francesa apresenta-se evoluída neste aspecto.

No caso *Almira*¹⁰⁰⁵, o Tribunal de Apelação de Paris decidiu que *“L’arbitrabilité d’un litige au regard de l’ordre public ne doit pas s’entendre de l’interdiction faite aux arbitres d’appliquer des dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique ou de consacrer par leur décision une violation de l’ordre public”*.

Na mesma linha de orientação se pronunciou o Tribunal de Apelação de Paris no caso *Ganz*¹⁰⁰⁶. Esta evolução manifesta-se na jurisprudência dos casos *Aplix* e *Labinal*¹⁰⁰⁷, em que o mesmo Tribunal afirmou, em termos idênticos, que *“L’arbitrabilité d’un litige n’est pas exclue du seul fait qu’une réglementation d’ordre public est applicable au rapport de droit litigieux; en matière internationale, l’arbitre apprécie sa propre compétence quant à l’arbitrabilité du litige au regard de l’ordre public international et dispose du pouvoir d’appliquer les principes et les règles qui en relèvent ainsi que d’en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l’annulation”*. Assim, a ordem pública internacional é o único limite à arbitrabilidade dos litígios na arbitragem internacional.

¹⁰⁰⁵ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 936.

¹⁰⁰⁶ Paris, 29 mars 1991, in *Revue de l’arbitrage*, 1991, p. 478 et note Idot.

¹⁰⁰⁷ CA Paris, 1re ch. C., 14 oct. 1993, *Aolix c/ Velcro*: *Revue de l’arbitrage*, 1994, p. 164, note Jarrosson et 19 mai 1993, *Labinal c/ Mors et Westland Aerospace*: *Revue de l’arbitrage*, 1993, p. 645, note Jarrosson; *JDI* 1993, p. 957, note Idot.

5º A apreciação da arbitrabilidade objectiva sem referência a uma lei estadual

Uma tendência jurisprudencial considera que a arbitrabilidade deve ser determinada sem referência a uma lei estadual, por meio da afirmação de uma regra de Direito material. Essa tendência traduz a jurisprudência do caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler*¹⁰⁰⁸, no seguimento da jurisprudência *Bremen*¹⁰⁰⁹ e *Scherk*¹⁰¹⁰ que estabeleceram uma forte presunção a favor da aplicação das provisões contratuais de eleição de foro livremente acordadas pelas partes. Assim, o *favor arbitrandum* deve nortear a apreciação da arbitrabilidade dos litígios.

(ii) Em sede de uma acção de anulação

Em regra, o juiz de anulação irá anular a sentença arbitral se esta for contrária à ordem pública, ou por inarbitrabilidade do litígio à luz do seu Direito interno. A doutrina advoga uma aplicação *stricto sensu* do conceito de ordem pública, ou seja, a violação da ordem pública internacional¹⁰¹¹. Por outro lado, algumas legislações de “segunda geração” instituíram um mecanismo de validação da convenção de arbitragem com base num amplo feixe de conexões alternativas e de determinação do critério de arbitrabilidade. Assim é nos Direitos suíço e português. A jurisprudência francesa e internacional reconheceu um regime especial quanto à arbitrabilidade de matérias de ordem pública na arbitragem internacional. E, no Direito inglês, a arbitrabilidade é definida de modo amplo.

¹⁰⁰⁸ GARY B. BORN, *International arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 486-492 e 522-525. O Professor Luís de Lima Pinheiro entende que a questão da arbitrabilidade na decisão do Supremo Tribunal dos EUA, no caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, foi apreciada com base na lei do foro (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional ...*, cit., p. 217).

¹⁰⁰⁹ 407 U.S. 1 (1972).

¹⁰¹⁰ 417 U.S. 506 (1974)

¹⁰¹¹ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 928.

(iii) Em sede de *exequatur*

A arbitrabilidade do litígio, tratando-se de *exequatur*, é analisada à luz da *lex fori*. Dela se ocupa o n.º 2 do artigo V da CNI que prevê a possibilidade de recusa do reconhecimento e da execução de uma sentença arbitral se a autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução foram pedidos constatar: a) Que, de acordo com a lei desse país, o objecto de litígio não é susceptível de ser resolvido por via arbitral; ou b) Que o reconhecimento ou a execução da sentença são contrários à ordem pública desse país.

A doutrina mais avançada afirma que os motivos de recusa de execução previstos na CNI devem ser interpretados de forma estrita¹⁰¹². O legislador português demonstrou uma particular inclinação *in favorem arbitrandum*, ao prever como requisito do não reconhecimento a contrariedade à ordem pública internacional, e não simplesmente à ordem pública. O que faz afirmar o Professor MOURA VICENTE¹⁰¹³ que “o regime interno pode, assim, revelar-se mais favorável ao reconhecimento do que aquele que resulta do teor literal da Convenção de Nova Iorque”.

c) Conclusão intercalar – Posição do Professor FOUCHARD

Nas suas conclusões apresentadas ao Congresso do ICCA (*International Council For Commercial Arbitration*), realizado em Paris, de 3 a 6 de Maio de 1998¹⁰¹⁴, o Professor PHILIPPE FOUCHARD salientou as dificuldades subsistentes em relação à validade e aos efeitos da convenção de arbitragem – nomeadamente a extensão da arbitrabilidade dos litígios –, devido ao método conflitualista plasmado na Convenção de Nova Iorque, no seu artigo V, n.º 1, a) e n.º 2, a).

Para ele, as conexões da convenção de arbitragem à lei estadual que a regeria são discutíveis. A lei escolhida pelas partes é a opção mais lógica. Todavia, muito poucas vezes as partes procedem a tal escolha¹⁰¹⁵. A lei da sede não deveria aplicar-se

¹⁰¹² BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 929.

¹⁰¹³ DÁRIO MOURA VICENTE, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, cit., p. 172.

¹⁰¹⁴ PHILIPPE FOUCHARD, “Suggestions pour accroître l’efficacité internationale des sentences arbitrales”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 4, 1998, pp. 653-672.

¹⁰¹⁵ PHILIPPE FOUCHARD, “Suggestions pour accroître l’efficacité internationale des sentences arbitrales”, cit., p. 659.

a uma matéria de natureza contratual e não processual¹⁰¹⁶. Quanto às leis do país onde a sentença será invocada ou contestada (lei do foro), são diversas e indeterminadas¹⁰¹⁷.

A regra de conflitos pode levar a uma solução inapropriada quando a lei designada for arcaica ou simplesmente não tenha em consideração as necessidades específicas da arbitragem internacional. Por conseguinte, o autor sugere a elaboração de regras materiais semelhantes aos artigos 177.º e 178.º da LDIP suíço, muito liberais em matéria de arbitrabilidade do litígio¹⁰¹⁸.

A lei do país onde decorre – ou deva decorrer – a arbitragem serviria apenas para lhe conferir um quadro jurídico; teria um papel subsidiário na sua regência. Só na ausência de regras autónomas retiradas da convenção das partes e da prática e, contanto que as partes não tenham escolhido uma lei diferente, aplicar-se-ia a lei da sede para reger a arbitragem.

Dois obstáculos são de assinalar, segundo o Professor PHILIPPE FOUCHARD¹⁰¹⁹, em muitas legislações: por um lado, a imperatividade da lei local e, por outro, a exigência da lei local quanto ao respeito dos princípios fundamentais, apesar do seu particularismo e arcaísmo.

2.3.2. Algumas questões relevantes

Conforme observa a Professora LAURENCE RAVILLON¹⁰²⁰, matéria após matéria, as válvulas da arbitrabilidade vão-se abrindo, ou, ao contrário, as da inarbitrabilidade vão-se fechando. Tudo depende, obviamente, do prisma por que a questão seja analisada. As matérias que outrora eram inarbitráveis – mormente por

¹⁰¹⁶ PHILIPPE FOUCHARD, “Suggestions pour accroître l’efficacité internationale des sentences arbitrales”, cit., p. 659.

¹⁰¹⁷ PHILIPPE FOUCHARD, “Suggestions pour accroître l’efficacité internationale des sentences arbitrales”, cit., p. 659.

¹⁰¹⁸ PHILIPPE FOUCHARD, “Suggestions pour accroître l’efficacité internationale des sentences arbitrales”, cit., p. 659.

¹⁰¹⁹ PHILIPPE FOUCHARD, “Suggestions pour accroître l’efficacité internationale des sentences arbitrales”, cit., pp. 667 e 668. “Les choses commencent à se gêner lorsque la loi locale se veut impérative; elles s’aggravent lorsqu’elle ne se borne pas à exiger le respect des principes fondamentaux d’un procès équitable”, mais exprime un particularisme marqué et impose des règles archaïques ou inadaptées à l’arbitrage international. Mais la difficulté majeure surgit (...) lorsque le législateur national appréhende de la même façon les arbitrages internes et les arbitrages internationales”.

¹⁰²⁰ LAURENCE RAVILLON, “¿Qué queda del concepto de inarbitrabilidad?”, cit., p. 59; MEHMET POLAT KALAFATOGLU, *L’arbitrabilité en matière de propriété industrielle – Étude en droit de l’arbitrage international*, cit. p. 38.

razões de ordem pública – , ou que, no mínimo, suscitavam grandes controvérsias quanto à sua arbitrabilidade, já integraram o círculo, cada vez maior, da arbitrabilidade.

a) Litígios de corrupção e tráfico de influência

A corrupção é, sem dúvida, uma ameaça à estabilidade e segurança das sociedades, prejudicando a economia, bem como o bem estar político e moral dos Estados¹⁰²¹. Existe uma correlação entre a prosperidade das Nações e as suas práticas comerciais, sendo a corrupção um dos factores essenciais do sub-desenvolvimento¹⁰²². A prática da corrupção fica ocultada por meio de contratos de agência ou de consultoria¹⁰²³. As pretensões derivadas de corrupção e tráfico de influência eram, em regra, inarbitráveis por razões de ordem pública.

O caso CCI n.º 1110 (1963) é elucidativo da posição que prevalecia na época em relação à arbitrabilidade de questões de corrupção¹⁰²⁴. No referido caso, o árbitro único GUNNAR LAGERGREN negou a sua competência, considerando que o litígio surgido entre as partes, referente ao não pagamento da comissão prometida ao requerente (cidadão argentino) pela parte requerida (sociedade britânica), ao promover a compra pelo Estado argentino dos seus equipamentos eléctricos, envolvia uma grave violação dos bons costumes e da ordem pública internacional. Segundo o árbitro sueco: *“A case like this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in the Argentine or in France or, for that matter, in any other civilised country, nor in any arbitral tribunal”*¹⁰²⁵.

Assim, para LAGERGREN, as partes que praticaram de comum acordo actos de corrupção devem ter consciência de que perderam qualquer direito de obter a

¹⁰²¹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “A corrupção nos contratos comerciais internacionais – Uma perspectiva de direito material e de Direito Internacional Privado”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano XI, Coimbra Editora, 2014, p. 179; MANUEL CARLOS DO NASCIMENTO, *Estudos sobre dívida pública e Regulação bancária em Angola*, Angolanae Dissertationes, 2017, p. 131.

¹⁰²² Veja-se o pronunciamento de Peter Eigen (Banco Mundial), in *Collection of ICC Arbitral Awards*, 2001-2007, Wolters Kluwer, 2009, pp. 561 e ss., especialmente, p. 582.

¹⁰²³ MATHIAS SCHERER, “Circumstantial evidence in corruption before international tribunals”, in *International Arbitration Law Review*, Issue 2, London, 2002, pp. 32 e ss..

¹⁰²⁴ JEAN JACQUES ARNALDEZ; YVES DERAIS; DOMINIQUE HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, cit., pp. 1-6; NIGEL BLACKABY; CONSTANTINE PARTASIDES, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th edition, cit., p. 119.

¹⁰²⁵ Veja-se : JEAN JACQUES ARNALDEZ; YVES DERAIS; DOMINIQUE HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, cit., p. 6.

assistência da “máquina” da justiça¹⁰²⁶. Lê-se na sentença arbitral que “*Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realise that they have forfeited any right to ask for the assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes*”¹⁰²⁷.

É hoje assente que o princípio da autonomia da cláusula compromissória aplica-se também aos contratos declarados nulos por contrariedade à ordem pública e aos bons costumes¹⁰²⁸. Quando uma parte alega a obrigação de a outra cumprir as obrigações contratuais por terem sido pagas gratificações ou “luvas” (“*pots-de-vin*”, “*bakchichs*”), é aplicável a regra “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”¹⁰²⁹. Há duas formas de encarar o problema, e a prática arbitral a nível internacional tem-nas revelado. A primeira forma de actuação é a que consiste em os árbitros adoptarem uma postura negativa, conhecida por *the “eyes shut” approach*. Neste caso, os árbitros podem, em casos extremos, evitar a averiguação das alegações de corrupção com o pretexto da ausência ou insuficiência de provas¹⁰³⁰. A segunda consiste na assunção das suas responsabilidades, prezando uma postura positiva, *the “zero tolerance” approach*¹⁰³¹.

A arbitrabilidade de pretensões envolvendo corrupção e tráfico de influência já não levanta grandes objecções, embora exista ainda uma jurisprudência arbitral contrária¹⁰³². As decisões que aceitam a arbitrabilidade de pretensões ilícitas fazem-no nas situações em que uma das partes requeira a nulidade do contrato celebrado¹⁰³³. O

¹⁰²⁶ JEAN JACQUES ARNALDEZ; YVES DERAIS; DOMINIQUE HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, cit., p. 6; W. LAURENCE CRAIG; WILLIAM W. PARK; JAN PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 63.

¹⁰²⁷ JEAN JACQUES ARNALDEZ; YVES DERAIS; DOMINIQUE HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, cit., p. 6; FRANCK NICÉPHORE YOUNG, *Arbitrage commercial international et développement – Étude du cas des Etats de l’OHADA et du Mercosur*, cit., p. 319.

¹⁰²⁸ KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, “Public Policy and Arbitrability (Ordre Public et Arbitrabilité)”, *ICCA Congress Series N° 3*, 1987, pp. 201-202.

¹⁰²⁹ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉROME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, cit., p. 550, N. 647; FRÉDÉRIC HENRY, “Les progrès de l’arbitrage: existe-t-il encore des pans entiers du droit qui, pour tous leurs aspects, ne peuvent donner lieu à l’arbitrage/arbitrabilité?”, cit., p. 197; LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 118; FRANCK NICÉPHORE YOUNG, *Arbitrage commercial international et développement*, cit., p. 319.

¹⁰³⁰ Veja-se os exemplos dados por: MOHAMED ABDEL RAOUF, “How should international arbitrators tackle corruption issues?”, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2010, p. 11.

¹⁰³¹ MOHAMED ABDEL RAOUF, “How should international arbitrators tackle corruption issues?”, cit., p. 11.

¹⁰³² Veja-se: *Affaire CCI n.º 9333 (1998)*, in *Collection of ICC Arbitral Awards, 2001-2007* ... p. 584; veja-se ainda o caso *Hubco* citado por: EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international*, cit., p. 107.

¹⁰³³ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 446, N. 8.

que se pede ao árbitro é que ele retire as consequências de natureza cível dos actos ilícitos praticados pelas partes, e não propriamente que reprima criminalmente tais actos. Assim, um autor¹⁰³⁴ afirmou, de forma clara, que “*la corruption alléguée n’est pas un obstacle à l’arbitrabilité du litige ... On ne demande pas à l’arbitre de faire le travail des pouvoirs publics et de réprimer la corruption, mais d’en tirer les conséquences civiles au niveau des rapports contractuels*”.

O âmago da problemática da arbitrabilidade dos litígios de corrupção está em saber se os árbitros podem investigar *sua sponte* os actos de corrupção que afectam as operações objecto do litígio submetido à sua apreciação. Algumas decisões arbitrais reconhecem o poder inquisitorial *ex officio* dos árbitros. No caso CCI n.º 6497 (1994)¹⁰³⁵, o tribunal arbitral anulou um contrato viciado por práticas de corrupção após ter procedido a uma investigação aprofundada, sem que as partes tenham pedido ao tribunal para tratar essa questão. O tribunal arbitral considerou que os valores pagos ao demandante eram excessivamente elevados. O tribunal considerou que tais valores não eram anormais para um contrato de consultoria, mas que havia uma forte probabilidade de os mesmos servirem para pagamento de luvas aos funcionários de um Estado X.

No caso *Megafon*¹⁰³⁶, um tribunal arbitral sediado em Zurique negou a uma das partes o benefício do contrato depois de ter concluído que o referido contrato ocultava uma operação de branqueamento de capitais. Mais recentemente, uma sentença CIRDI datada de 4 de Outubro de 2013¹⁰³⁷, no caso *Métal-Tech*, afirmou a possibilidade de investigações *sua sponte* pelos árbitros.

Existe ou não uma sentença *ultra petita* quando o tribunal arbitral investiga *ex officio* os actos de corrupção relacionados com o litígio submetido à sua decisão? Para FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN¹⁰³⁸, “*The fact that arbitrators may have based*

¹⁰³⁴ H. ARFAZHED, “Considérations pragmatiques sur la compétence respective de l’arbitre et du juge en matière de corruption”, in *Bull. ASA*, 2001, p. 681; Veja-se também: FRÉDÉRIC HENRY, Les progrès de l’arbitrage: existe-t-il encore des pans entiers du droit qui, pour tous leurs aspects, ne peuvent donner lieu à l’arbitrage/arbitrabilité?”, cit., p. 197; ALEXIS MOURRE, “Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator”, *Arbitration International*, Kluwer, Vol. 22, n.º 1, 2006, pp. 95-118; Veja-se a jurisprudência nesta matéria no *Bulletin ICC, Tackling corruption*, Vol. 24, suppl. 2013, pp. 77 e ss.

¹⁰³⁵ JEAN JACQUES ARNALDEZ; YVES DERAIS; DOMINIQUE HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, cit., p. 233.

¹⁰³⁶ Citado por: ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 153.

¹⁰³⁷ Sentença CIRDI aff. N.º ARB/10/3, 4 octobre 2013, *Métal-Tech Ltd. v. Uzbekistan*; citado por ABOUBAKRY NIANG, *Le favorem arbitrandum*, cit., p. 154.

¹⁰³⁸ EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., p. 941, N. 1631.

their decision on allegations or arguments which were not put forward by the parties does not amount to a failure to comply with their brief. They only fail to comply with their brief where they grant one of the parties more than it actually sought in its claims”¹⁰³⁹. A exigência de não decidir *ultra petita* não se opõe a que um tribunal arbitral decida sobre os pedidos não formulados pelas partes no procedimento arbitral, assim como não exige o respeito escrupuloso da limitação do objecto feita pelas partes. O que se proíbe é, em definitivo, conceder a uma das partes mais do que pediu. O fundamento de uma tal solução passa pela afirmação da função jurisdicional do árbitro, mais do que a origem contratual dos seus poderes¹⁰⁴⁰.

Um recente acórdão do Tribunal de Apelação de Paris, datado de 10 de Abril de 2018, no caso *Alstom Transport SA et Alstom Network UK Ltd vs. Alexander Brothers Ltd* deixa patente o aviso aos árbitros para que sancionem de modo suficientemente pesado práticas de corrupção ou tráfico de influências¹⁰⁴¹. No caso em apreço, as demandantes requereram a anulação do despacho de exequatur da decisão arbitral de 29 de Janeiro de 2016, proferido pelo presidente do Tribunal de Grande Instance de Paris, que lhes condenava ao pagamento de indemnizações à demandada para os serviços ajustados no âmbito de uma submissão de propostas de fornecimento de material circulante para a extensão do metro Shangai na China¹⁰⁴².

O Tribunal de Apelação entendeu que a caracterização de um contrato como *contrato de suborno* pode resultar de indícios: ausência de relatórios, estudos técnicos, projectos de contratos ou alterações a esses contratos, traduções, correspondência, actas de reuniões que sejam rigorosos e de origem certa, a insuficiência de meios materiais e humanos do consultor, desproporção entre a diligência ostensiva do consultor e a sua remuneração, a previsão de uma remuneração percentual do consultor, aliada a uma contabilidade lacunar ou enganadora do consultor, o carácter inexplicável da adjudicação de um contrato ao cliente do consultor, tendo sido a sua oferta classificada

¹⁰³⁹ EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., p. 941, N. 1631.

¹⁰⁴⁰ EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., p. 941, N. 1631.

¹⁰⁴¹ PAULA COSTA E SILVA, “Corrupção, ordem pública e decisão arbitral: A propósito do caso Alstrom”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, p. 845.

¹⁰⁴² PAULA COSTA E SILVA, “Corrupção, ordem pública e decisão arbitral: A propósito do caso Alstrom”, cit., p. 845.

como inferior relativamente àquelas apresentadas pelos concorrentes, o facto de a corrupção ser endémica no país ou no sector da actividade de que emergem os factos relevantes, conjugado com a circunstância de o cliente do consultor ser suspeito de práticas habituais de corrupção¹⁰⁴³.

Para o Tribunal de Apelação, a corrupção e o tráfico de influências violam de forma manifesta, efectiva e concreta as exigências da concepção francesa de ordem pública internacional. O sistema jurídico francês não pode proporcionar recursos legais à execução de um contrato ilegal. O Tribunal de Apelação não pretende verificar *in casu* se as estipulações contratuais foram correctamente executadas, mas apenas assegurar que o reconhecimento e a execução da sentença não têm como resultado dar força a um *contrato de corrupção*. O Tribunal arbitral havia, segundo o Tribunal de Apelação, fechado os olhos relativamente a esta matéria¹⁰⁴⁴.

Depois de o Tribunal ter conferido contraditório às Partes, decidiu por acórdão datado de 28 de Maio de 2019 revogar o despacho de exequatur da sentença arbitral, proferido pelo Tribunal de Grande Instance de Paris, em 19 de Maio de 2016.

b) Litígios laborais

I. Tratar-se-á de um domínio afectado por uma inarbitrabilidade “cultural”?¹⁰⁴⁵
O Direito laboral caracteriza-se pela busca constante por parte do legislador do equilíbrio das posições das partes (empregador e trabalhador) na relação jurídico-laboral¹⁰⁴⁶. Sabe-se que a margem de manobra do trabalhador é ténue para negociar livremente com o empregador o teor do contrato entre ambos, por um lado. Por outro lado, ao empregador é reconhecido um poder “exorbitante”, a faculdade de punir o trabalhador, a qual choca com o princípio da igualdade dos sujeitos no âmbito do Direito privado e interfere, de algum modo, com o princípio do monopólio da justiça

¹⁰⁴³ PAULA COSTA E SILVA, “Corrupção, ordem pública e decisão arbitral: A propósito do caso Alstrom”, cit., p. 845.

¹⁰⁴⁴ PAULA COSTA E SILVA, “Corrupção, ordem pública e decisão arbitral: A propósito do caso Alstrom”, cit., p. 845.

¹⁰⁴⁵ FRÉDÉRIC HENRY, “Les progrès de l’arbitrage: existe-t-il encore des pans entiers du droit qui, pour tous leurs aspects, ne peuvent donner lieu à l’arbitrage/arbitrabilité?”, cit., p. 200.

¹⁰⁴⁶ PINHEIRO INÊS, “A arbitrabilidade dos conflitos laborais”, in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2011, pp. 77-88; no Direito belga, o §5 do artigo 1676.º do Código Judiciário determina a nulidade de qualquer convenção de arbitragem concluída antes do surgimento de um litígio que seja da competência do tribunal do trabalho nos termos dos artigos 578.º a 583.º do mesmo Código.

pública¹⁰⁴⁷. Por conseguinte, as disposições legais do Direito do trabalho são normas imperativas de protecção.

As normas imperativas de protecção não determinam *stricto sensu* uma inarbitrabilidade, mas uma invalidade temporária da cláusula compromissória. Pacífico é, por exemplo, o entendimento de que seria apenas lícito ao trabalhador renunciar, total ou parcialmente, ao crédito que tiver sobre o empregador, bem como celebrar acordos de conciliação, de transacção e de compensação sobre os mesmos créditos após a extinção da relação jurídico-laboral. Sendo, nessa altura, possível a celebração de compromisso arbitral entre o empregador e o trabalhador quando o litígio tivesse por objecto créditos salariais ou outros direitos disponíveis¹⁰⁴⁸.

Admite-se em vários ordenamentos jurídicos a arbitrabilidade de conflitos colectivos de trabalho. Neste domínio, referem alguns autores que a inarbitrabilidade deve ser considerada como cultural¹⁰⁴⁹, baseando-se para a sua concretização, segundo o Professor FRÉDÉRIC HENRY¹⁰⁵⁰, mais em considerações históricas e sociológicas, bem como em dificuldades de ordem prática, do que em verdadeiros obstáculos jurídicos¹⁰⁵¹.

II. O legislador angolano expandiu o campo da arbitrabilidade no domínio dos conflitos individuais de trabalho, tendo abandonado a esse respeito o critério da disponibilidade. O artigo 294.º da Lei Geral do Trabalho, Lei n.º 7/15, de 15 de Junho¹⁰⁵², dispõe que as partes podem, por acordo, submeter à arbitragem voluntária as matérias em conflito. Quer os conflitos individuais de trabalho, quer os colectivos podem ser resolvidos por mecanismos extrajudiciais (artigos 273.º, n.ºs 1 e 2; 293.º, n.º

¹⁰⁴⁷ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Do fundamento do poder disciplinar laboral*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 17.

¹⁰⁴⁸ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 108.

¹⁰⁴⁹ LAURENCE RAVILLON, “¿Qué queda del concepto de inarbitrabilidad?”, cit., p. 72; FRÉDÉRIC HENRY, “Les progrès de l’arbitrage: Existe-t-il encore des pans entiers du droit qui, pour tous leurs aspects, ne peuvent donner lieu à l’arbitrage/arbitrabilité?”, cit., p. 201; MAURICE KRINGS, “Les limites de l’arbitrage”, cit., p. 223.

¹⁰⁵⁰ FRÉDÉRIC HENRY, “Les progrès de l’arbitrage: Existe-t-il encore des pans entiers du droit qui, pour tous leurs aspects, ne peuvent donner lieu à l’arbitrage/arbitrabilité?”, cit., p. 201; MARINE CORBÈRES, *Le développement de l’arbitrage des litiges individuels du travail*, Université Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 20.

¹⁰⁵¹ LAURENCE RAVILLON, “¿Qué queda del concepto de inarbitrabilidad?”, cit., p. 72; FRÉDÉRIC HENRY, “Les progrès de l’arbitrage: Existe-t-il encore des pans entiers du droit qui, pour tous leurs aspects, ne peuvent donner lieu à l’arbitrage/arbitrabilité?”, cit., p. 201.

¹⁰⁵² DR I.ª Série – N.º 87.

2 da LGT). Com a nova LGT¹⁰⁵³, são doravante considerados como arbitráveis – não por se tratarem de direitos disponíveis ou renunciáveis, mas por força da lei – litígios relacionados com matérias disciplinares: férias, faltas, feriados, créditos salariais, trabalho extraordinário, despedimento, *etc.*. Nestes casos, o árbitro será competente para constatar as violações à lei e sancionar tais transgressões¹⁰⁵⁴. No entanto, a lei estabelece que os custos da arbitragem devem ser suportados exclusivamente pelo empregador, o que, a nosso ver, coloca o problema da igualdade das partes e da imparcialidade dos árbitros.

III. Em Portugal, a LAVP admite a arbitrabilidade de conflitos laborais, remetendo para legislação especial a sua concretização (artigo 4.º, n.º 4). Tal regime especial ainda não foi instituído¹⁰⁵⁵. Algumas limitações à arbitrabilidade de conflitos individuais de trabalho deverão ser observadas quanto: (i) aos direitos de personalidade do trabalhador (artigo 14.º e ss. do Código do Trabalho); (ii) à regularidade e licitude do despedimento (artigos 387.º, n.º 1 e 388.º, n.º 1 do Código do Trabalho)¹⁰⁵⁶.

IV. No Brasil, e de acordo com o Professor ARNOLDO WALD¹⁰⁵⁷, os “litígios trabalhistas” são arbitráveis, e admite-se a validade de cláusulas compromissórias inseridas em contratos individuais de trabalho. Reconhece-se, no entanto, a necessidade de se assegurar uma protecção especial do trabalhador.

¹⁰⁵³ O artigo 306.º da Lei Geral do Trabalho de 2000 (LGT) determinava a competência dos tribunais provinciais, através da Sala do Trabalho, para conhecer e julgar todos os conflitos individuais de trabalho. Verificava-se, por conseguinte, uma situação de inarbitrabilidade de litígios laborais ditada pela vontade do legislador de permitir ao trabalhador o acesso directo ao seu juiz “natural”. No entanto, o artigo 304.º da LGT estatuiu que era lícito ao trabalhador, após a extinção da relação jurídico-laboral, renunciar, total ou parcialmente, ao crédito que tivesse sobre o empregador, bem como celebrar acordos de conciliação, de transacção e de compensação sobre os mesmos créditos. Era possível a celebração de compromisso arbitral entre o empregador e o trabalhador, após a cessação do vínculo jurídico-laboral, quando o litígio tivesse por objecto créditos salariais ou outros direitos disponíveis (LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., pp. 109-110 e 113-114).

¹⁰⁵⁴ Veja-se: LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 109.

¹⁰⁵⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Mediação e arbitragem em Direito laboral”, in *Revista de Direito e de Estudos sociais*, Almedina, 2016, p. 7.

¹⁰⁵⁶ Art. 387.º, n.º 1: “A regularidade e licitude do despedimento só pode ser apreciada por tribunal judicial”. Vejam-se os comentários de PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Mediação e arbitragem em Direito laboral”, in *Revista de Direito e de Estudos sociais*, Almedina, 2016, pp. 21 e 23; veja-se também: DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de conflitos individuais de trabalho”, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. VI, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 33-48.

¹⁰⁵⁷ ARNOLDO WALD, “A recente evolução da arbitragem no Direito brasileiro”, in *Reflexões sobre arbitragem*, Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Coords.), LTR Editora, 2002, p. 164.

V. Na Alemanha, os litígios individuais de trabalho são inarbitráveis¹⁰⁵⁸. No entanto, os litígios entre a companhia e os seus gestores são arbitráveis, não sendo considerados tais gestores como trabalhadores ao abrigo da legislação laboral alemã¹⁰⁵⁹.

VI. Na Bélgica, o legislador inseriu uma disposição especial no artigo 69.º da Lei de 13 de Julho de 1978 sobre os contratos de trabalho, publicada no dia 22 de Agosto de 1978¹⁰⁶⁰. O artigo 13.º proíbe a introdução de cláusulas compromissórias nos contratos individuais de trabalho. Nos seus precisos termos, dispõe que “*Les travailleurs et leurs employeurs ne peuvent s’engager d’avance à soumettre à des arbitres les contestations à naître du contrat*”. A derrogação prevista no artigo 69.º consiste em admitir a cláusula compromissória em relação ao trabalhador que tenha uma remuneração anual superior a 66.441 euros, e que desempenhe as responsabilidades de gestão corrente da empresa (“*chargé de la gestion journalière de l’entreprise ou assume dans une division de l’entreprise ou dans une unité d’exploitation, des responsabilités de gestion comparables à celles exercées au niveau de l’ensemble de l’entreprise*”). O valor acima referido é objecto de uma actualização em função da taxa de inflação. Há, por conseguinte, uma distinção feita entre o trabalhador “ordinário” e o trabalhador “gestor” ou “*dirigeant*”¹⁰⁶¹.

VII. Nos Estados Unidos da América, o Supremo Tribunal Federal reconheceu no caso *Gilmer v. Interstate / Johnson Lane Corp.* (1991)¹⁰⁶² a validade do recurso à arbitragem para a solução de um litígio individual de trabalho. De acordo com o Tribunal, não existe uma inconsistência entre a arbitragem e a protecção do interesse público que prossegue uma legislação laboral. Na decisão proferida em 21 de Março de

¹⁰⁵⁸ TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability”, cit., p. 101.

¹⁰⁵⁹ TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability”, cit., pp. 101 e 103.

¹⁰⁶⁰ MARINE CORBÈRES, *Le développement de l’arbitrage des litiges individuels du travail*, cit., p. 113.

¹⁰⁶¹ MARINE CORBÈRES, *Le développement de l’arbitrage des litiges individuels du travail*, cit., p. 113.

¹⁰⁶² 500 U.S. 20 (1991).

2001 no caso *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*¹⁰⁶³, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a exclusão dos litígios laborais do âmbito de aplicação do *Federal Arbitration Act*, determinada pela secção 1.a deste diploma, vale apenas para os contratos concluídos pelos trabalhadores do sector dos transportes, os quais se encontram abrangidos por legislação especial, sendo por isso válida a convenção de arbitragem estipulada nos demais contratos de trabalho¹⁰⁶⁴.

c) Contratos administrativos

I. Observa-se uma evolução em matéria da arbitrabilidade de actos administrativos. Nos termos do artigo 120.º do Decreto-Lei n.º 16-A/95, de 15 de Dezembro¹⁰⁶⁵, que aprova as Normas do Procedimento e da Actividade Administrativa em Angola, diz-se contrato administrativo, o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica de Direito público entre a administração e um particular, tendo como finalidade a realização de um interesse público. Os artigos 128.º e 129.º do referido Decreto remetem para o tribunal competente os actos opinativos da administração que interpretem cláusulas contratuais ou se pronunciem sobre a respectiva validade ou a execução forçada das prestações em falta. No entanto, o n.º 3 do artigo 1.º da LAV veio admitir a possibilidade de o Estado e, em geral, as pessoas colectivas de Direito público, celebrarem convenções de arbitragem para dirimir questões respeitantes a relações de Direito privado, nos contratos administrativos e nos casos especialmente estabelecidos por lei¹⁰⁶⁶.

Não se vislumbra ainda em Angola a possibilidade de uma jurisdição privada, sem poderes soberanos, declarar a invalidade de um acto administrativo ou determinar a execução forçada de uma prestação contratual em falta. Ficam reservadas à arbitragem, as questões inerentes à validade, interpretação e execução dos contratos administrativos, devendo ser excluído o contencioso da legalidade¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶³ 532 U.S. 105 (2001).

¹⁰⁶⁴ Veja-se: DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de conflitos individuais de trabalho”, cit., p. 33 e *passim*.

¹⁰⁶⁵ DR I.ª Série – N.º 50.

¹⁰⁶⁶ Para maiores desenvolvimentos, veja-se: CARLOS MARIA FEIJÓ, “Desafios à hipótese de admissibilidade da arbitragem – Matéria administrativa e fiscal em Angola”, in *Arbitragem Tributária*, Nuno Villa-Lobos; Tânia Carvalhais Pereira (Coords.), CAAD, N.º 3, Junho 2015, p. 19.

¹⁰⁶⁷ Veja-se: JOSÉ ESQUÍVEL, *Os contratos administrativos e a arbitragem*, Almedina, 2004, p. 304.

II. Em Portugal, o artigo 180.º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA) autoriza a arbitragem em situações de contratos, responsabilidade civil e actos administrativos. No que respeita aos actos administrativos, o referido artigo prevê a possibilidade de os árbitros apreciarem a sua legalidade em duas situações: (i) Quanto aos actos administrativos respeitantes à execução de contratos e (ii) quando os actos possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva, ou seja, revogáveis por motivos de oportunidade ou de mérito¹⁰⁶⁸.

d) Litígios fiscais

I. O imposto “nasceu no I século da nossa era, na Roma Imperial; Octávio e Agripa, Cláudio e Antoninos velaram o seu berço; Diocleciano e Constantino foram os companheiros da sua idade adulta. Depois de uma queda em desfavor numa Idade Média ávida de liberdade, renasceu, para gozar uma velhice despótica nos nossos dias”¹⁰⁶⁹. Fiscalidade e arbitragem: uma mistura de “água e fogo”?¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁸ LUÍS CABRAL DE MONCADA, “A arbitragem no direito administrativo: uma justiça alternativa”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, N.º VII Especial, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2010, pp. 179-180; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 137; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Almedina, 2007, p. 57; ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Introdução às práticas arbitrais*, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2011, p. 25; FAUSTO DE QUADROS, “Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 7, Almedina, 2014, pp. 11 e ss.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Arbitragem e Tribunais Administrativos”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 7, Almedina, 2014, pp. 47 e *passim*; RUI CHANCERELLE DE MACHETE, “O alargamento do âmbito das matérias sujeitas à arbitragem administrativa no Direito português”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2013, p. 174; PAULO OTERO, “Arbitragem interna de litígios de Direito público: a publicização da arbitragem interna de direito privado”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 5, Almedina, 2012, p. 181; JOSÉ MIGUEL VITORINO, “Contributo para a construção de um critério de arbitrabilidade na arbitragem de direito administrativo”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 4, Almedina, 2017, pp. 127-128; MARTA PORTOCARRERO, *Contratos sobre o exercício de poderes públicos, Transação e Arbitragem – Ensaio sobre disponibilidade e indisponibilidade do poder administrativo*, Universidade Católica Editora Porto, 2015, pp. 315-328.

¹⁰⁶⁹ DIOGO LEITE CAMPOS, “A Arbitragem em direito tributário”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 739.

¹⁰⁷⁰ ALEXANDRA MARQUES, “Arbitragem institucional e centros de arbitragem de Direito público”, in *Arbitragem e Direito público*, AAFDL, 2015, p. 355. A expressão é atribuída a LE GALL, “Rapport de Synthèse”, in *Arbitrage et Fiscalité*, Dijon, *Revue de l'arbitrage*, 2001, n.º 2, pp. 371-388.

Não levantam dificuldades a arbitrabilidade de algumas questões de natureza fiscal surgidas a título incidental no âmbito de uma arbitragem relativa a um litígio de carácter civil ou comercial entre dois particulares¹⁰⁷¹. Por exemplo, tendo as partes convencionado que uma delas teria o encargo de proceder ao pagamento dos impostos resultantes de determinada operação, esse litígio é arbitrável¹⁰⁷². De igual modo, um tribunal arbitral poderá conhecer, no âmbito de um litígio de natureza contratual, das implicações que o Direito fiscal pode ter sobre o cálculo de uma indemnização decorrente da inexecução de um contrato¹⁰⁷³.

Os litígios fiscais foram durante muito tempo subtraídos à arbitragem devido à invocação, entre outros, dos princípios da legalidade, da indisponibilidade de créditos fiscais¹⁰⁷⁴ e da soberania fiscal. Uma decisão arbitral no caso CCI n.º 6233 (1992)¹⁰⁷⁵ havia delimitado a fronteira da arbitrabilidade em matéria fiscal. Para o tribunal arbitral, o domínio da inarbitrabilidade entre a administração e o contribuinte é a determinação da matéria colectável, o *quantum* e a exigibilidade do imposto. Ao contrário, o tribunal arbitral decide em relação a toda e qualquer outra questão de natureza contratual que caia no escopo da cláusula compromissória. Na referida decisão afirma-se que: *“Attendu que le Tribunal arbitral est le juge des contrats signés entre parties; qu’il n’est pas le juge de l’impôt; que dès lors, toute demande tendant à voir dire que le demandeur serait ou ne serait pas imposable échappe à la compétence de ce tribunal; qu’un tel litige met en effet en cause le demandeur et l’Etat non pas en tant que cocontratant, mais en tant qu’autorité fiscale; Attendu, en revanche, que le Tribunal est compétent pour toute question contractuelle entrant dans le domaine de la clause compromissoire, et même si celle-ci devait avoir une incidence pour le juge fiscal, incidence qu’il appartient à celui-ci de déterminer; c’est d’ailleurs uniquement selon*

¹⁰⁷¹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, cit., p. 85, nota de rodapé n.º 269: “Não nos parece também de excluir a possibilidade de, no âmbito da resolução arbitral de um litígio relativo a contrato (de objecto não fiscal) celebrado pela Administração Pública (no exercício do *jus imperii* estadual) com um particular, surgir, a título incidental, uma questão fiscal. Nessa hipótese, parece que nada obstará a que os árbitros possam apreciar tal questão, do mesmo modo que *inter privados* isso lhes seja permitido”.

¹⁰⁷² OLIVIER CAPRASSE *et al.*, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Comission Université-Palais, Formation Permanente, CUP, 2002, p. 118.

¹⁰⁷³ OLIVIER CAPRASSE *et al.*, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, cit., p. 118.

¹⁰⁷⁴ JORGE LOPES DE SOUSA, “Comentário ao regime jurídico da arbitragem tributária”, in *Guia da Arbitragem tributária*, Nuno Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira (coord.), Almedina, 2013, p. 98.

¹⁰⁷⁵ In *Recueil des Sentences Arbitrales CCI*, Tome III, p. 322; Veja-se: BERNARD HANOTIAU, “Favor arbitrandum”, in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l’arbitrage*, Cepani, Bruylant, 2013, p. 239.

cette ligne de partage que l'arbitre peut, tout à la fois, respecter la clause compromissoire qui lui confère la connaissance des litiges contractuels, et la compétence exclusive des juridictions étatiques pour statuer en matière fiscale”.

II. No entanto, nota-se uma evolução relativamente à arbitrabilidade dos litígios fiscais. Por exemplo, em Angola, o artigo 92.º do Código de Processo Tributário, aprovado pela Lei n.º 22/14, de 5 de Dezembro, refere que “as partes dos contratos fiscais apenas podem convencionar a arbitragem sobre questões relacionadas com a interpretação, validade, inexistência e execução das suas cláusulas”. Os contratos fiscais podem ser celebrados por ocasião da determinação da matéria colectável, tanto em sede de transacções fiscais, como em sede de benefícios fiscais. Por outro, a Lei n.º 20/14, de 22 de Outubro, que aprovou o Código das Execuções Fiscais estabeleceu uma regra excepcional de regularização de dívidas fiscais contida nos artigos 6.º a 12.º. Também, o artigo 13.º, alínea j) do Código do Imposto Industrial, aprovado pela Lei n.º 19/14, de 22 de Outubro, se refere ao perdão de dívidas de imposto¹⁰⁷⁶.

III. O legislador português foi muito mais longe neste domínio, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, instituindo, em matéria tributária, o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD)¹⁰⁷⁷. O artigo 2.º, n.º 1 do referido Decreto determina que cabe na competência dos tribunais arbitrais o seguinte: (a) a declaração de ilegalidade de actos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta; (b) a declaração de ilegalidade de actos de fixação da matéria tributável quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo, de actos de determinação da matéria colectável e de actos de fixação de valores patrimoniais¹⁰⁷⁸. Essa competência respeita aos actos de indeferimento de reclamações

¹⁰⁷⁶ Veja-se: LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., pp. 113-114. Para maiores desenvolvimentos, veja-se: CARLOS MARIA FEIJÓ, “Desafios à hipótese de admissibilidade da arbitragem – Matéria administrativa e fiscal em Angola”, cit., p. 17 e *passim*.

¹⁰⁷⁷ RICARDO PEDRO, “Arbitragem institucional e centros de arbitragem de Direito público”, cit., p. 99; sobre a competência do Tribunal de Justiça da União Europeia de responder a uma questão prejudicial submetida por um tribunal arbitral de origem legal, como é o caso do Tribunal arbitral Tributário em funcionamento no CAAD, veja-se o acórdão “Ascendi” (SERENA CABRITA NETO; LUÍS CASTILHO, “Anotação ao Acórdão ‘Ascendi’”, in *100 anos de Arbitragem – Os casos essenciais comentados*, Coimbra Editora, 2015, pp. 355-368).

¹⁰⁷⁸ Relativamente às matérias excluídas, veja-se: ALEXANDRA MARQUES, “Arbitragem institucional e centros de arbitragem de Direito público”, cit., pp. 380-383; NUNO VILLA-LOBOS; TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA, “A natureza especial dos tribunais arbitrais tributários”, in *Revista internacional de arbitragem e conciliação*, Almedina, 2014, n.º 2, p. 87: “A singularidade e o pioneirismo deste

graciosas ou de pedidos de recursos de actos tributários nos casos em que tais actos de segundo ou terceiro grau conheceram efectivamente da legalidade, ou se abstiveram desse conhecimento, relativamente aos actos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta¹⁰⁷⁹.

Os tribunais arbitrais decidem de acordo com o Direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade (n.º 2 do artigo 2.º). A Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de Março determinou a vinculação da Administração tributária à jurisdição do CAAD. Segundo o Conselheiro LOPES DE SOUSA¹⁰⁸⁰, o enquadramento constitucional e legal da criação dos tribunais arbitrais para decisões em matéria tributária faz-se através do artigo 209.º, n.º 2 da CRP, que prevê a possibilidade de criação dos tribunais arbitrais sem qualquer limitação¹⁰⁸¹. Quanto ao princípio da indisponibilidade dos créditos tributários enunciado no n.º 2 do artigo 30.º da Lei Geral Tributária, a mesma só pode reportar-se a créditos consolidados, cuja existência ficou assente após o esgotamento de meios normais de impugnação¹⁰⁸². Até essa consolidação, não há a certeza da existência de direitos de créditos. Por conseguinte, os actos que declaram a eliminação jurídica dos actos que definiram créditos tributários não implicam redução ou extinção de créditos cuja existência na ordem jurídica não está ainda assente¹⁰⁸³. Por fim,

instituto, sem paralelo nos ordenamentos da mesma família jurídica, foram amplamente reconhecidos pela doutrina nacional e recentemente reafirmados no quadro do primeiro reenvio prejudicial de um tribunal arbitral tributário, quer nas conclusões do advogado geral Spuznar, como no acórdão *Ascendi*. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça (TJ) reconheceu, pela primeira vez, e sem reservas, um tribunal arbitral voluntário como seu interlocutor direto, através do mecanismo do reenvio, atento na sua ‘natureza especial’”; veja-se também: JOSÉ CASALTA NABAIS, “Reflexões sobre a introdução da arbitragem tributária”, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, pp. 751-778.

¹⁰⁷⁹ JORGE LOPES DE SOUSA, “Comentário ao regime jurídico da arbitragem tributária”, in *Guia da Arbitragem tributária*, Nuno Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira (coord.), Almedina, 2013, p. 123.

¹⁰⁸⁰ JORGE LOPES DE SOUSA, “Comentário ao regime jurídico da arbitragem tributária”, cit., p. 98.

¹⁰⁸¹ ANSELMO RODRIGUES, “A possibilidade da arbitragem tributária”, in *A arbitragem em Direito Tributário*, I Conferência AIBAT-IDEFF, Diogo Leite Campos; Eduardo Paz Ferreira (Org.), Almedina, 2010, p. 26; DIOGO LEITE DE CAMPOS, “A possibilidade da arbitragem tributária”, in *A arbitragem em Direito Tributário*, I Conferência AIBAT-IDEFF, Diogo Leite Campos; Eduardo Paz Ferreira (Org.), Almedina, 2010, p. 35-41; FILIPE ROMÃO, “Arbitragem tributária – uma análise breve da autorização legislativa para introdução da arbitragem tributária constante da proposta da lei 9/XI/1ª A (OE 2010)”, in *A arbitragem em Direito Tributário*, I Conferência AIBAT-IDEFF, Diogo Leite Campos; Eduardo Paz Ferreira (Org.), Almedina, 2010, pp. 45-61.

¹⁰⁸² JORGE LOPES DE SOUSA, “Comentário ao regime jurídico da arbitragem tributária”, cit., p. 98.

¹⁰⁸³ JORGE LOPES DE SOUSA, “Comentário ao regime jurídico da arbitragem tributária”, cit., p. 98.

relativamente ao princípio da soberania, o Professor PAZ FERREIRA¹⁰⁸⁴ observara que, só por uma tentativa totalitária por parte do Estado e pelo equívoco de considerar a riqueza como um valor fundamental através do imposto, é que se pode atribuir um peso maior do que a outros valores que possam ser sacrificados pelos poderes soberanos, e não aquela.

e) Litígios em matéria de propriedade intelectual

I. Admite-se, em regra, a arbitrabilidade dos litígios relativos aos direitos de propriedade intelectual que não estão sujeitos ao registo, tais como os direitos de autor¹⁰⁸⁵. No entanto, os direitos morais de autor, sendo indisponíveis, são inarbitráveis tanto nos países que determinam a arbitrabilidade com base no critério da disponibilidade dos direitos, como nos que adoptaram o critério da patrimonialidade ou combinaram o critério da patrimonialidade com o da transigibilidade das pretensões¹⁰⁸⁶. Tais direitos morais não são inarbitráveis em absoluto porque há direitos que admitem que o autor possa consentir a modificação da obra por terceiros. Trata-se, não de dispor de direitos morais, mas do seu exercício¹⁰⁸⁷. Assim, os litígios resultantes de tais actos são arbitráveis. É admitida a arbitrabilidade de litígios resultantes de actos modificativos da obra ou da sua identificação¹⁰⁸⁸. A responsabilidade extra-contratual decorrente da violação de direitos à integridade e paternidade da obra é susceptível de solução por via arbitral¹⁰⁸⁹.

A titularidade dos direitos de propriedade intelectual é arbitrável¹⁰⁹⁰. São arbitráveis, igualmente, os litígios resultantes de contratos de licença de propriedade

¹⁰⁸⁴ EDUARDO PAZ FERREIRA, “A possibilidade da arbitragem tributária”, in *A arbitragem em Direito Tributário*, I Conferência AIBAT-IDEFF, Diogo Leite Campos; Eduardo Paz Ferreira (Org.), Almedina, 2010, p. 22.

¹⁰⁸⁵ DÁRIO MOURA VICENTE, “La propriété intellectuelle en droit international privé”, cit., p. 435; veja-se também: MEHMET POLAT KALAFATOGLU, *L’arbitrabilité en matière de propriété industrielle – Étude en droit de l’arbitrage international*, cit., p. 59 e ss..

¹⁰⁸⁶ DÁRIO MOURA VICENTE, “La propriété intellectuelle en droit international privé”, cit., p. 435.

¹⁰⁸⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, “La propriété intellectuelle en droit international privé”, cit., p. 435.

¹⁰⁸⁸ DÁRIO MOURA VICENTE, “La propriété intellectuelle en droit international privé”, cit., pp. 432-434; veja-se: LINO DIAMVUTU, *A Convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., pp. 115-116.

¹⁰⁸⁹ DÁRIO MOURA VICENTE, “La propriété intellectuelle en droit international privé”, cit., p. 434.

¹⁰⁹⁰ DÁRIO MOURA VICENTE, “La propriété intellectuelle en droit international privé”, cit., p. 434; JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, “A apreciação da validade de patentes (ou certificados

intelectual e de contratos de transferência de propriedade intelectual¹⁰⁹¹. Na mesma ordem de ideias, note-se que são arbitráveis os litígios meramente obrigacionais decorrentes de contratos de licença de patente, cessão de uso de marca, contrato de edição, contrato de *franchising* e suas consequências, pretensões relativas ao pagamento de quantias adequadas pelo licenciado ou cessionário ou a indemnização devida pelo inadimplemento de obrigações assumidas¹⁰⁹². São arbitráveis, ainda, os litígios relativos a obrigações não contratuais (v.g., indemnização e restituição por enriquecimento sem causa) decorrentes de lesões aos direitos de propriedade intelectual e de actos de concorrência desleal¹⁰⁹³.

Uma tendência favorável à admissibilidade da arbitrabilidade de litígios relativos à validade dos títulos de propriedade intelectual é reconhecida na jurisprudência da Inglaterra, da Suíça e dos Estados Unidos e pela doutrina internacional¹⁰⁹⁴.

II. Em Portugal, acompanhou-se a tendência da evolução em matéria de arbitrabilidade de controvérsias relativas à propriedade intelectual¹⁰⁹⁵. O Código de Propriedade Industrial admite a sujeição à arbitragem de todas as questões susceptíveis de recurso judicial nos termos do seu artigo 48.º, n.º 1¹⁰⁹⁶. São abrangidas as decisões

complementares de protecção) por tribunal arbitral necessário – excepção *versus* reconvenção na Lei n.º 62/2011”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 2011, p. 191.

¹⁰⁹¹ DÁRIO MOURA VICENTE, “La propriété intellectuelle en droit international privé”, cit., p. 434.

¹⁰⁹² Veja-se: SELMA M. FERREIRA LEMES, “Arbitragem em propriedade intelectual. Instituições arbitrais”. Disponível em http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri14.pdf.

¹⁰⁹³ DÁRIO MOURA VICENTE, “La propriété intellectuelle en droit international privé”, cit., p. 434.

¹⁰⁹⁴ Veja-se: BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité”, cit., pp. 199 e ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional ...*, cit., pp. 109 e ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, “La propriété intellectuelle en droit international privé”, in *Recueil des Cours de l’Académie de droit international*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 432; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o tema”, in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2011, pp. 38-39; TREVOR COOK; ALEJANDRO I. GARCIA, *International Intellectual Property Arbitration*, Arbitration in Context Series, Vol. 2, Kluwer Law International, 2010, pp. 48-76; LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., pp. 114-115.

¹⁰⁹⁵ Sobre esta matéria, veja-se ainda: JOSÉ ALBERTO VIEIRA, “A competência do tribunal arbitral necessário para apreciar a excepção de invalidade da patente registada”, in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2/2015, p. 195; JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, “A arbitrabilidade da excepção de invalidade da patente no quadro da Lei n.º 62/2011”, in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2/2014, pp. 215 e ss..

¹⁰⁹⁶ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional ...*, cit., p. 110; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o tema”, in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2011, p. 39.

do Instituto Nacional de Propriedade Industrial que concedam ou recusem direitos de propriedade industrial, ou as relativas a transmissões, licenças, declarações de caducidade ou a quaisquer outros actos que afectem, modifiquem ou extingam direitos de propriedade industrial (artigo 39.º). O único limite refere-se à existência de contra-interessados que só mediante consentimento poderão participar da arbitragem se consentirem. Tal justifica-se pelo facto de que a sentença arbitral produz, em princípio, efeitos *inter partes*¹⁰⁹⁷.

O principal debate em torno da arbitrabilidade de controvérsias sobre os direitos de propriedade intelectual, radica na questão da competência do tribunal arbitral para apreciar a validade dos títulos de propriedade intelectual, nomeadamente as patentes no âmbito das arbitragens relativas a medicamentos de referência e medicamentos genéricos, instituídas pela Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro¹⁰⁹⁸.

Uma primeira corrente doutrinária não reconhece a competência dos tribunais arbitrais portugueses para apreciarem a questão da invalidade dos títulos de propriedade intelectual, nomeadamente as patentes, por considerá-la exclusiva dos tribunais judiciais¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, “La propriété intellectuelle en droit international privé”, cit., p. 432; JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, “A arbitrabilidade da excepção de invalidade da patente no quadro da Lei n.º 62/2011”, cit., p. 215: As “alegações sobre factos, suscitadas pelo demandado, na contestação, respeitam, as mais das vezes, a circunstâncias consubstanciadoras de eventual nulidade da patente por ausência dos requisitos de patenteabilidade (ou de concessão do CCP) – por ex., falta de novidade, de actividade inventiva, industrialidade, insuficiência descritiva, falta de menção expressa, na patente de base, da substância activa (ou associação de substâncias) contida(s) no medicamento protegido por CCP e que tenha sido objecto de autorização de introdução no mercado (AIM), etc.”.

¹⁰⁹⁸ A Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro havia instituído uma arbitragem necessária para a composição de litígios relativos a medicamentos genéricos cujo fabrico ou comercialização contendam com direitos de terceiros, emergentes de patentes ou certificados complementares de protecção. O Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de Dezembro, alterando o artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, estabeleceu uma modalidade *sui generis* de arbitragem voluntária (veja-se: DÁRIO MOURA VICENTE, “O novo regime da arbitragem em matéria de patentes”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, pp. 273 e 275).

¹⁰⁹⁹ EVARISTO MENDES, “Crónica de Jurisprudência”, in *Propriedades intelectuais*, N.º 3, Junho 2015, pp. 103-106; MANUEL OEHEN MENDES, “Da incompetência dos tribunais arbitrais portugueses para apreciarem a questão da invalidade das patentes e dos certificados complementares de protecção para medicamentos”, in *Propriedades intelectuais*, N.º 4, Novembro 2015, pp. 5-14; MANUEL OEHEN MENDES, “Breves considerações sobre a incompetência dos tribunais arbitrais portugueses para apreciarem a questão da invalidade das patentes e dos certificados complementares de protecção para medicamentos”, in *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, reimpressão, Almedina, 2016, pp. 927-947; ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Da arbitragem necessária de litígios entre patentes e medicamentos genéricos no Direito português”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XCII, Universidade de Coimbra, tomo II, pp. 827-848; LUÍS COUTO GONÇALVES, “A questão da competência do tribunal arbitral necessário para apreciar a invalidade da patente com eficácia *inter partes* – anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de dezembro de 2016”, in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1 – 2017, pp. 363-380.

Uma segunda corrente doutrinária defende a inadmissibilidade da exclusão da competência dos tribunais arbitrais para se pronunciarem sobre a validade ou vigência dos títulos de propriedade industrial, deixando-lhes apenas o contencioso da alegada violação do direito de propriedade industrial e a condenação dos demandados às sanções previstas por lei¹¹⁰⁰.

O Professor MOURA VICENTE¹¹⁰¹ apresenta três principais razões para sustentar essa posição. Em primeiro lugar, a flagrante injustiça que representa a condenação de um suposto infractor por violação dum título inválido¹¹⁰². Em segundo lugar, a restrição dos meios de defesa é incompatível com o princípio do contraditório e, por conseguinte, em violação ao artigo 20.º, n.º 4 da Constituição portuguesa¹¹⁰³. Em terceiro lugar, trata-se de uma derrogação do princípio geral segundo o qual o tribunal competente para a acção é também competente para conhecer dos incidentes que nela se levantam e das questões suscitadas pelo réu como meio de defesa, de acordo com o artigo 96.º, n.º 1 do CPC¹¹⁰⁴.

No entanto, importa referir que vários acórdãos da Relação de Lisboa¹¹⁰⁵ afirmam a incompetência dos tribunais arbitrais previstos na Lei n.º 62/2011 para apreciar a validade de uma patente ou a validade de qualquer outro direito registado de propriedade industrial, seja a título incidental, seja por via de excepção. Por

¹¹⁰⁰ DÁRIO MOURA VICENTE, “O regime especial de resolução de conflitos em matéria de patentes (Lei n.º 62/2011)”, in *ROA*, 2012, pp. 981-982; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de litígios com entes públicos*, Coimbra, 2007, p. 45; JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, “A apreciação da validade de patentes (ou certificados complementares de protecção) por tribunal arbitral necessário – excepção *versus* reconvenção na Lei n.º 62/2011”, cit., pp. 195-196; JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, “A arbitrabilidade da excepção de invalidade da patente no quadro da Lei n.º 62/2011”, cit., p. 219: “Não se pode (...) dizer-se que a eventual absolvição do réu do pedido formulado pelo autor, titular de uma patente, origina um direito de patente *atípico* de criação jurisprudencial válido para todos os sujeitos, menos para com os concorrentes do titular que por este sejam accionados judicialmente. Sucede apenas que (tal como pode suceder com o titular de um direito real do gozo sobre uma coisa corpórea) o concorrente do titular da patente apenas pode pretender defender-se do pedido de condenação, ficando livre para continuar a exercer a sua actividade mercadológica; ao mesmo tempo que consegue que outros terceiros concorrentes do titular da patente possam ficar inibidos de executar a mesma solução técnica patenteada”.

¹¹⁰¹ DÁRIO MOURA VICENTE, “O regime especial de resolução de conflitos em matéria de patentes (Lei n.º 62/2011)”, cit., pp. 981-982.

¹¹⁰² DÁRIO MOURA VICENTE, “O regime especial de resolução de conflitos em matéria de patentes (Lei n.º 62/2011)”, cit., p. 981.

¹¹⁰³ DÁRIO MOURA VICENTE, “O regime especial de resolução de conflitos em matéria de patentes (Lei n.º 62/2011)”, cit., p. 981.

¹¹⁰⁴ DÁRIO MOURA VICENTE, “O regime especial de resolução de conflitos em matéria de patentes (Lei n.º 62/2011)”, cit., p. 982.

¹¹⁰⁵ Vejam-se, por exemplo, os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa datados de 13 de Fevereiro de 2014, de 21 de Maio de 2015, de 4 de Fevereiro de 2016 e de 16 de Novembro de 2016; disponíveis em www.dgsi.pt

consequente, a declaração de nulidade e a anulação de patentes é da exclusiva competência dos tribunais estaduais¹¹⁰⁶.

Um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, de 14 de Dezembro de 2016¹¹⁰⁷, decidiu que “O tribunal arbitral necessário previsto na Lei n.º 62/2011 é incompetente para apreciar, ainda que por via da dedução de mera excepção peremptória, cujos efeitos ficariam circunscritos ao processo, a questão da nulidade da patente do medicamento em causa, por tal matéria estar reservada à competência exclusiva do TPI”¹¹⁰⁸.

Em acórdão n.º 251/2017, de 24 de Maio de 2017¹¹⁰⁹, o Tribunal Constitucional português concluiu pela inconstitucionalidade da interpretação normativa que impede o conhecimento, por via incidental, da validade ou invalidade da patente pelo tribunal arbitral. *In verbis*, julgou inconstitucional: “a norma interpretativamente extraível do artigo 2.º da lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro e artigos 35.º, n.º 1, e 101.º, n.º 2, do Código da Propriedade Industrial, ao estabelecer que, em sede de arbitragem necessária instaurada ao abrigo da Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, a parte não se pode defender, por excepção, mediante invocação da invalidade da patente, com meros efeitos *inter partes*”.

Num acórdão recente do Supremo Tribunal de Justiça português, de 22 de Março de 2018¹¹¹⁰, foi reafirmada a sua jurisprudência anterior. Segundo o Supremo Tribunal de Justiça: “(...) mantêm-se válidas as razões pelas quais o Supremo Tribunal sustentou que, havendo unanimidade no sentido do art. 35.º, n.º 1, do CPI atribuir uma reserva de competência material exclusiva ao Tribunal da Propriedade Intelectual (TPI) relativamente à declaração de nulidade ou de anulação da patente, com eficácia *erga omnes*, a melhor solução será negar a competência do tribunal arbitral necessário para formular esse juízo de validade ou de invalidade, ainda que invocada como mera excepção peremptória e com efeitos limitados ao processo”.

¹¹⁰⁶ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Almedina, 2017, pp. 49-50.

¹¹⁰⁷ Proc. n.º 1248/14.6YRLSB.S1; disponível em www.dgsi.pt

¹¹⁰⁸ Veja-se: JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, “*Bis in idem*: Em torno da competência dos tribunais arbitrais necessários para apreciar a questão da invalidade da patente com efeitos *inter partes* – Anotação ao acórdão do STJ, de 14 de Dezembro de 2016 (Proc. N.º 1248/14.6YRLSB.S1)”, in *Revista de Direito Intelectual*, N.º 01, 2017, pp. 305-361.

¹¹⁰⁹ Veja-se: Proc. n.º 1053/16.5YRLSB.S1.S1; disponível em www.dgsi.pt

¹¹¹⁰ Proc. n.º 1053/16.5YRLSB.S1.S1; disponível em www.dgsi.pt

O Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão datado de 21 de Junho de 2018¹¹¹¹, decidiu no mesmo sentido por considerar que a instauração de acção de declaração de nulidade ou de anulação de patente junto do TPI não cria para as partes um prejuízo intolerável ou desproporcionado.

O Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de Dezembro alterou algumas disposições da Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, tendo consagrado no n.º 3 do seu artigo 3.º a competência do tribunal arbitral para reconhecer, mediante invocação da parte interessada, a invalidade da patente *sub judice* com meros efeitos *inter partes*. Nos seus termos: “No processo arbitral pode ser invocada e reconhecida a invalidade da patente com meros efeitos *inter partes*”. Por conseguinte, a questão foi resolvida *de jure condito*.

Na Alemanha, a arbitrabilidade de litígios relacionados com a validade de direitos de propriedade intelectual, isto é – as acções de nulidade (*Löschungsverfahren*)¹¹¹² e as que visem a retirada dos direitos de propriedade intelectual (*Klage auf Rücknahme*)¹¹¹³ –, é controvertida. Contudo, o § 65 (1) da Lei alemã sobre patentes (*Patentgesetz*) atribui jurisdição para declarar a nulidade de patentes ao Tribunal Federal de patentes (*Bundespatentgericht*)¹¹¹⁴.

Em França, o Tribunal de Apelação de Paris já admitiu no seu acórdão *Liv Hidravlika*, de 28 de Fevereiro de 2008¹¹¹⁵, a arbitrabilidade da titularidade de uma marca apreciada a título incidental. Nele se afirma que “*La question de la validité du brevet débattue de manière incidente à l’occasion d’un litige de nature contractuelle peut, ainsi que le relève l’arbitre, lui être soumise, l’invalidité éventuellement constatée n’ayant, pas plus que s’il s’agissait de la décision d’un juge, d’autorité de la chose jugée car elle ne figure pas au dispositif, (...) elle n’a d’effet qu’à l’égard des parties, de même d’ailleurs qu’une décision en faveur de la validité, les tiers pouvant toujours demander la nullité du brevet pour les mêmes causes*”.

¹¹¹¹ Proc. n.º 227/18.9YRLSB.L1-2; disponível em www.dgsi.pt

¹¹¹² TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability”, cit., p. 99.

¹¹¹³ TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability”, cit., p. 99.

¹¹¹⁴ DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitrability of intellectual property disputes: a comparative survey”, in *Arbitration International*, 2015, p. 154.

¹¹¹⁵ Tribunal d’Appel de Paris, 28 février 2008, in *Revue de l’arbitrage*, 2009, p. 168, note T. Azzi.

O artigo L 615-17 do Código de Propriedade Intelectual francês, na redacção que lhe foi dada pela Lei 2011-525, de 17 de Maio de 2011 vai no mesmo sentido. Nos seus termos: “*Les actions civiles et les demandes relatives aux brevets d’invention, y compris lorsqu’elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire, à l’exception des recours formés contre les actes administratifs du ministre chargé de la propriété industrielle qui relèvent de la juridiction administrative. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle au recours à l’arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du code civil*”¹¹¹⁶.

Na Bélgica, o artigo 51 (1) da lei de 28 de Março de 1984 (*Loi sur les brevets d’invention*) autoriza os árbitros a decidirem acerca da nulidade das licenças (*brevets*)¹¹¹⁷, enquanto a doutrina reconhece, de modo geral, aos árbitros a possibilidade de se pronunciarem sobre a validade dos títulos de propriedade intelectual.

Na Suíça, o *Institut fédéral de la propriété intellectuelle* e os tribunais judiciais admitem a arbitrabilidade de litígios de títulos de propriedade intelectual, incluindo a apreciação da validade de patentes¹¹¹⁸.

Nos Estados Unidos da América, a validade de patentes pode ser apreciada por um tribunal arbitral desde 1982¹¹¹⁹. Nos termos da secção 294 (a) do *Patent Act*: “*A contract involving a patent or any right under a patent may contain a provision requiring arbitration of any dispute relating to the patent validity or infringement arising under the contract. In the absence of such a provision, the parties to an existing patent validity or infringement dispute may agree in writing to settle such dispute by arbitration. Any such provision or agreement shall be valid, irrevocable, and*

¹¹¹⁶ DÁRIO MOURA VICENTE, “O regime especial de resolução de conflitos em matéria de patentes (Lei n.º 62/2011)”, cit., p. 975; DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitrability of intellectual property disputes: a comparative survey”, cit., pp. 154-155.

¹¹¹⁷ “La loi du 28 mars 1984 sur les brevets stipule que les contestations relatives à la propriété d’une demande de brevet ou d’un brevet peuvent être portées devant un tribunal arbitral et qu’un brevet peut être annulé par un tribunal arbitral. Aux termes de la loi, la sentence est revêtue de l’autorité de la chose jugée *erga omnes*, sous réserve de la tierce opposition” (FRÉDÉRIC HENRY, *Les progrès de l’arbitrage: existe-t-il encore des pans entiers du droit qui, pour tous leurs aspects, ne peuvent donner lieu à l’arbitrage/arbitrabilité?*”, cit., pp. 195-196, note 346); veja-se também: DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitrability of intellectual property disputes : a comparative survey”, cit., pp. 157-158.

¹¹¹⁸ DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitrability of intellectual property disputes: a comparative survey”, cit., p. 157.

¹¹¹⁹ DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitrability of intellectual property disputes: a comparative survey”, cit., pp. 155-156.

enforceable, except for any grounds that exist at law or in equity for revocation of a contract". E, de acordo com a secção 294 (c) da mesma lei: *"An award by an arbitrator shall be final and binding between the parties to the arbitration but shall have no force or effect on any other persons"*.

f) Estatuto pessoal, Direitos da Família e Sucessório

A inarbitrabilidade domina o Direito das Pessoas, nomeadamente a adopção, o casamento, o divórcio, *etc.*. Um autor francês ventilou a hipótese de se admitir a possibilidade de decretar o divórcio por via arbitral, na medida em que se limitaria a uma simples constatação da separação dos cônjuges durante um lapso de tempo¹¹²⁰. Os litígios do Direito da Família de carácter pecuniário são considerados como arbitráveis. Por exemplo, as pensões alimentícias devidas ao cônjuge seriam arbitráveis, e não, por razões de ordem pública, as que forem devidas ao menor¹¹²¹. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, a guarda dos filhos sujeitar-se-ia à arbitragem, em determinadas condições¹¹²². Uma tendência doutrinária alemã¹¹²³ e belga¹¹²⁴ admite a arbitrabilidade de litígios em matéria sucessória que se reportam a um interesse pecuniário.

g) Litígios societários

I. O contencioso societário abrange diversas matérias como: o contencioso das deliberações sociais, as acções relativas ao exercício dos direitos sociais, a destituição de administradores ou de nomeação de membros do conselho fiscal, as acções de responsabilidade contra a administração pela sociedade, pelos sócios ou por terceiros, *etc.*¹¹²⁵. O próprio contencioso das deliberações sociais pode consistir em contencioso das deliberações dos sócios, das deliberações da administração ou do conselho fiscal,

¹¹²⁰ Veja-se: BERNARD HANOTIAU, *"La favor arbitrandum"*, cit., p. 240.

¹¹²¹ BERNARD HANOTIAU, *"La favor arbitrandum"*, cit., p. 240.

¹¹²² BERNARD HANOTIAU, *"La favor arbitrandum"*, cit., p. 240.

¹¹²³ TRITTMANN; HANEFELD, "Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability", cit., p. 103.

¹¹²⁴ BERNARD HANOTIAU, *"La favor arbitrandum"*, cit., p. 240.

¹¹²⁵ PAULA COSTA E SILVA, "Arbitrabilidade e tutela colectiva no contencioso das deliberações sociais", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. IV, Almedina, 2011, p. 359. O termo "deliberações sociais" pode abranger tanto as deliberações dos sócios como as deliberações dos órgãos de gestão e fiscalização.

v.g., numa sociedade anónima¹¹²⁶. Quanto às deliberações sociais entendidas como deliberação dos sócios, são actuáveis os pedidos de declaração de eficácia ou ineficácia de determinada deliberação social, os pedidos de suspensão de deliberações sociais, os pedidos de declaração de nulidade e de anulação de deliberações sociais, os pedidos de condenação no cumprimento do que haja sido deliberado, de declaração de existência de uma deliberação social, as acções ou procedimentos cautelares inibitórios de deliberações que visem impor aos sócios a proibição de uma deliberação sobre matéria concreta, etc.¹¹²⁷.

Inscvem-se no âmbito da arbitragem societária os litígios em que sejam partes a sociedade e/ou os sócios e que versem sobre aspectos da relação societária¹¹²⁸, como o contrato de sociedade [v.g. acção de declaração de nulidade ou anulação do contrato social, (total ou parcial), os direitos corporativos ou extra-corporativos dos sócios (v.g. acções relativas ao exercício do direito à impugnação de deliberações sociais) e os direitos dos sócios ou da sociedade contra titulares de órgãos sociais (v.g. acções de responsabilidade ou de destituição)]¹¹²⁹. Ficam fora do âmbito da arbitragem societária os litígios entre sócios resultantes de uma relação parassocial e os relacionados com contratos celebrados entre sócios sobre a transmissão ou oneração da participação social¹¹³⁰.

Existem diversas questões controvertidas em torno da arbitragem societária, principalmente em relação à validade das deliberações sociais¹¹³¹. É possível introduzir (supervenientemente) uma cláusula compromissória nos estatutos? Pode sê-lo sem unanimidade? Quais os seus efeitos em relação aos sócios ausentes, discordantes ou

¹¹²⁶ PAULA COSTA E SILVA, “Arbitrabilidade e tutela colectiva no contencioso das deliberações sociais”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. IV, Almedina, 2011, p. 362.

¹¹²⁷ PAULA COSTA E SILVA, “Arbitrabilidade e tutela colectiva no contencioso das deliberações sociais”, cit., p. 363.

¹¹²⁸ No Brasil, Pedro Batista Martins afirma que “Os mecanismos de solução extrajudiciais para a resolução de conflitos societários *interna corporis* são tão considerados a ponto de estudiosos entenderem que a utilização dos *Alternative Dispute Resolution* (v.g., Negociação, Mediação e Arbitragem), pela sua efetividade e eficiência, insere-se nos deveres de diligência do administrador” (PEDRO BATISTA MARTINS, “A Cláusula compromissória societária”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 10, Almedina, 2017, p. 33).

¹¹²⁹ PEDRO MAIA, “Arbitragem societária: presente e prospectiva”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 10, Almedina, 2017, p. 43.

¹¹³⁰ PEDRO MAIA, “Arbitragem societária: presente e prospectiva”, cit., p. 44.

¹¹³¹ TÂNIA VANESSA ZARCO DE OLIVEIRA DOS SANTOS, *A arbitrabilidade das Questões societárias: a impugnação das deliberações sociais*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2012, p. 77.

futuros? É admissível a impugnação das deliberações sociais por via da arbitragem? Qual o seu efeito em relação aos sócios que nela não intervieram? É admissível a adesão à cláusula compromissória do Administrador de facto por via do seu comportamento para com a sociedade? A quem favorece a arbitragem nos Estatutos? É admissível a acção social de responsabilidade dos administradores, da vinculação de sócios futuros, da eficácia do caso julgado contra não participantes no processo arbitral¹¹³²?

II. Perante estas perguntas, um breve cotejo da doutrina permite aferir que a mesma se tem esforçado por defender a arbitrabilidade de litígios societários¹¹³³. A introdução da cláusula compromissória nos estatutos, mesmo contra a vontade do sócio minoritário, é analisada como sendo uma reconfiguração processual do direito do sócio minoritário de acesso à justiça, sem o afectar. O contraditório não deve implicar necessariamente a presença de todos no acto de deliberação. Trata-se aqui do direito, não de cada um apresentar os seus argumentos pessoalmente, mas de os interesses de todos serem devidamente acautelados. O direito de falar diverge do direito de os argumentos de determinada pessoa serem ouvidos, e não tem de o ser unicamente pela sua própria voz. Pode sê-lo através de outras pessoas presentes na assembleia deliberativa. O que permite validar a regra da maioria¹¹³⁴.

¹¹³² RUI PEREIRA DIAS, “Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)”, in *II Congresso DSR*, 2012, pp. 291-304; RUI DIAS, “As sociedades no comércio internacional”, in *Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, N.º 5, Almedina, pp. 96 e ss.; RUI PEREIRA DIAS, “Cláusulas compromissórias estatutárias e princípio maioritário”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 10, Almedina, 2017, pp. 74-94; DIEGO FRANZONI, “Notas sobre a arbitrabilidade dos litígios societários no Direito brasileiro”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 10, Almedina, 2017, pp. 7-15.

¹¹³³ NIGEL BLACKABY; CONSTANTINE PARTASIDES, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th edition, cit., p. 123; PEDRO BATISTA MARTINS, *Arbitragem no Direito societário*, Quartier Latin, 2012, p. 199; SOFIA VALE, “A Arbitragem societária no Direito angolano”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, N.º 4, Centro de Documentação e Informação, Luanda, 2013, p. 248;; JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l'arbitrage*, cit., p. 174: “Les litiges internes, au sens large, à la société peuvent donner lieu à arbitrage. Ici, comme ailleurs, la *favor arbitrandum* a produit ses effets: il y a arbitrabilité de principe des litiges sociétaires, que l'on soit dans le cadre de l'arbitrage interne ou bien de l'arbitrage international”; TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability” ..., p. 100: “As all disputes between shareholders of a company or between shareholders and the company will affect economic interests of some sort, they are arbitrable under § 1030 (1) ZPO”.

¹¹³⁴ Veja-se a explanação feita por: PAULA COSTA E SILVA, “*Hot topics* nas especificidades processuais da arbitragem societária: disponibilidade do direito de nomeação de árbitro e objetivização do contraditório”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 10, Almedina, 2017, p. 30: “Mostrando-nos que o relevante, quando se determina que o contraditório é um direito fundamental, não é que, sendo ele exercido por um conjunto muito alargado de sujeitos, possa cada um ver a sua intervenção individualmente refletida na instrução e julgamento da causa pelo decisor. O que importa no

O Professor RUI PEREIRA DIAS¹¹³⁵ entende que nos estatutos da sociedade coexistem as cláusulas ou regras que se movem entre a socialidade e a contratualidade (v.g. matéria em que se reserva ao sócio um certo direito especial, não merecedora da sua concordância aquando da respectiva introdução¹¹³⁶), isto é, há que fazer uma distinção entre o que é susceptível de fazer actuar a regra da maioria e o que permanece incompressível no plano da autonomia da vontade¹¹³⁷. Assim, em sede arbitral, em relação às matérias que relevam da socialidade, não há obstáculos à introdução e invocação da cláusula compromissória estatutária; e em relação às matérias que relevam da contratualidade, a compressão da autonomia da vontade careceria de outra legitimação¹¹³⁸. O problema é resolvido segundo o mesmo autor pela via legal, com uma formulação abrangente quanto à sujeição de todos os “litígios entre uma sociedade e os seus sócios ou entre os sócios daquela relativamente à existência, ao exercício ou à extensão de quaisquer direitos ou deveres dos sócios perante a sociedade”¹¹³⁹.

Segundo a Professora PERALES VISCASILLAS¹¹⁴⁰: “*la elevación a norma legal del principio general de sometimiento a arbitraje societario sin limitaciones abona a una interpretación restringida de la inarbitrabilidad al tiempo que a una aplicación generosa del ‘favor arbitris’*”. A doutrina e a jurisprudência internacional são favoráveis à arbitrabilidade da validade do contrato de sociedade, da dissolução, com excepção da dissolução por insolvência (*pure bankruptcy issues*) e liquidação das sociedades¹¹⁴¹.

contraditório é algo que se desprende do individual: é o direito de influenciar o decisor. Não importa o quem, importa o como. E o como que se revele mais abrangente, profundo e tecnicamente rigoroso será aquele cuja influência pode ser decisiva. O contraditório não vale pela pessoa que o exerce mas pelos argumentos que são usados. E se os argumentos puderem beneficiar todos, o contraditório foi plenamente assegurado”.

¹¹³⁵ RUI PEREIRA DIAS, “Cláusulas compromissórias estatutárias e princípio maioritário”, cit., p. 93.

¹¹³⁶ RUI PEREIRA DIAS, “Cláusulas compromissórias estatutárias e princípio maioritário”, cit., p. 93.

¹¹³⁷ RUI PEREIRA DIAS, “Cláusulas compromissórias estatutárias e princípio maioritário”, cit., p. 93.

¹¹³⁸ RUI PEREIRA DIAS, “Cláusulas compromissórias estatutárias e princípio maioritário”, cit., p. 93.

¹¹³⁹ RUI PEREIRA DIAS, “Cláusulas compromissórias estatutárias e princípio maioritário”, cit., pp. 93-94.

¹¹⁴⁰ PILAR PERALES VISCASILLAS, “La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)”, in *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y Inversiones*, Vol. IV, n.º 3, 2011, p. 678.

¹¹⁴¹ Veja-se: DANIEL COHEN, “Confirmation des pouvoirs de l’arbitre en matière de sociétés, notamment de prononcer leur dissolution, note sous Cass. civ. 1re, 27 février 2013; Paris, 20 janvier 2015 e Paris 7 avril 2015”, Kluwer Law International, 2016; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 118-119.

III. Em Portugal, quanto à arbitrabilidade das acções de impugnação de deliberações sociais, a doutrina afirmou, antes da nova Lei da arbitragem de 2011, uma posição reservada relativamente ao contencioso de nulidade, admitindo mais facilmente o contencioso da anulação das deliberações sociais¹¹⁴². Actualmente, o projecto do regime jurídico português da arbitragem societária¹¹⁴³ em discussão aborda estas questões no sentido do favorecimento da arbitragem societária, prevendo uma arbitragem institucionalizada.

De acordo com o n.º 2 do artigo 1.º do referido projecto legal, podem ser submetidos à arbitragem: os litígios entre uma sociedade comercial ou sob forma comercial com sede em Portugal e os seus sócios relacionados com a validade, interpretação ou execução do contrato de sociedade; os litígios entre uma sociedade ou os seus sócios e os titulares de órgãos sociais, nessa qualidade, incluindo também os casos previstos no artigo 77.º do Código das Sociedades Comerciais (acção de responsabilidade civil proposta por sócios contra gerentes ou administradores); a impugnação pelos sócios ou por titulares de órgão social de uma deliberação de qualquer órgão de uma sociedade, incluindo a arguição da respectiva invalidade ou ineficácia; os litígios entre uma sociedade e os seus sócios ou entre os sócios daquela relativamente à existência, ao exercício ou à extensão de quaisquer direitos ou deveres dos sócios perante a Sociedade; e, as acções relativas ao exercício de direitos sociais, reguladas no Capítulo XIV do Título XV do Livro V do Código de Processo Civil.

O projecto de diploma exclui do seu âmbito de aplicação os litígios entre sócios resultantes de acordos parassociais e todos aqueles em que uma Sociedade não seja parte, e não estejam referidos no número anterior, sem prejuízo do disposto na Lei da Arbitragem Voluntária (n.º 3 do artigo 1.º). O artigo 2.º do projecto de diploma determina que a cláusula compromissória deve constar dos estatutos da Sociedade e referir expressamente o âmbito dos litígios por ela abrangidos, indicando o centro de arbitragem institucionalizada competente. A inclusão de cláusula compromissória nos estatutos ou a modificação daquela devem efectuar-se nos termos previstos na lei e nos estatutos para a alteração do contrato de sociedade, sem prejuízo do disposto no número seguinte; a eficácia dessa cláusula compromissória fica dependente do registo

¹¹⁴² PAULA COSTA E SILVA, “Arbitrabilidade e tutela colectiva no contencioso das deliberações sociais”, cit., p. 387.

¹¹⁴³ Veja-se a pronúncia da APA sobre o referido projecto em: www.arbitragem.pt

definitivo da alteração. A deliberação que introduza uma cláusula compromissória nos estatutos de uma sociedade só pode ser impugnada perante os tribunais estaduais. Todos os sócios e titulares de órgãos sociais, incluindo aqueles em que tal qualidade seja objecto de litígio, estão vinculados pela cláusula compromissória constante dos estatutos da sociedade a partir do momento em que esta se torna eficaz. A vinculação do sócio ou do titular de órgão social pela cláusula compromissória inicia-se com a aquisição da participação social ou a aceitação do cargo, expressa ou tácita. A cessação da qualidade de sócio ou de titular de órgão social não afasta a vinculação à cláusula compromissória relativamente a litígios respeitantes à validade ou eficácia da cessação, bem como os factos inerentes àquela qualidade, ainda que posteriores à cessação. O compromisso arbitral respeitante a qualquer um dos litígios abrangidos pelo diploma deve ser subscrito por todas as partes em litígio e por todos os sócios da sociedade.

h) Litígios de concorrência (ou *antitrust*)¹¹⁴⁴

Trata-se aqui de saber se a arbitragem caracterizada pela sua natureza privada se coaduna com a matéria do Direito da concorrência que é eminentemente pública. As normas de concorrência visam, em sede preventiva, impedir as operações de concentração de empresas que sejam nocivas à concorrência no mercado, e, numa actuação *a posteriori*, a proibição das práticas restritivas da concorrência (v.g. os cartéis) e a repressão dos abusos de posição dominante¹¹⁴⁵. Será que um árbitro pode decidir sobre a validade de um contrato cuja nulidade é alegada por uma das partes por violação do Direito da concorrência?¹¹⁴⁶

O Tribunal de Justiça Europeu, no caso *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*¹¹⁴⁷ (1999), decidiu sobre a importância de que se reveste o artigo 85.º do Tratado e a obrigação dos Tribunais nacionais de anular decisões arbitrais que não se conformam com aquele artigo 85.º do Tratado, da mesma forma que o fazem em relação às decisões que contrariam a sua ordem pública. Por outro lado, o Tribunal

¹¹⁴⁴ CLÁUDIA TRABUCO; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “A arbitrabilidade das questões de concorrência no Direito português: *The meeting of two black arts*”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, Almedina, 2011, p. 443.

¹¹⁴⁵ CLÁUDIA TRABUCO; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “A arbitrabilidade das questões de concorrência no Direito português: *The meeting of two black arts*”, cit., p. 444.

¹¹⁴⁶ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité des litiges dans l’ordre interne belge dans une perspective comparative”, cit., p. 85.

¹¹⁴⁷ GARY B. BORN, *International arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 492-493.

Europeu, por preocupações de uniformização jurisprudencial, admite que os árbitros possam directamente submeter questões prejudiciais sobre a interpretação da proibição prevista no artigo 85.º do Tratado¹¹⁴⁸. No entanto, a ausência de *imperium* do árbitro determina uma limitação dos seus meios de investigação contrariamente às autoridades de concorrência, nomeadamente em matéria de produção de documentos e de informações¹¹⁴⁹.

Na Alemanha, conforme referem TRITTMANN e HANEFELD¹¹⁵⁰, os litígios envolvendo as questões de concorrência são arbitráveis. Ainda que o contrato que integre a cláusula compromissória contrarie a legislação alemã ou europeia relativa à concorrência, a cláusula compromissória não é por si só inválida, em virtude da aplicação do princípio da autonomia da cláusula arbitral plasmado no § 1040, n.º 1 *in fine* do ZPO¹¹⁵¹.

Em França, é admitido que os árbitros têm competência para aplicar as regras de ordem pública e sancionar violações às mesmas. Refiram-se os casos *Almira* (1989), *Ganz* (1991), *Labinal* (1993) e *Aplex* (1993).

Em Portugal, os litígios de concorrência podem ser submetidos à arbitragem, uma vez que respeitam a direitos patrimoniais. A LAVP não exclui a arbitrabilidade de matérias de ordem pública¹¹⁵².

Nos Estados Unidos da América, num primeiro momento, negou-se no caso *American Safety v. McGuire* (1968)¹¹⁵³ a arbitrabilidade de litígios resultantes da violação do Direito *antitrust*. A evolução da arbitrabilidade nesta matéria será ilustrada com a jurisprudência do caso *Mitsubishi*, que analisaremos *infra*.

¹¹⁴⁸ GARY B. BORN, *International arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 492-493; sobre a arbitrabilidade dos litígios relativos à aplicabilidade do direito europeu da concorrência, veja-se: Affaire CCI n.º. 8423 (1998), in *Collection of ICC Arbitral Awards*, 2001-2007, cit., p. 565.

¹¹⁴⁹ MATTHIEU DE BOISSÉSON, “Arbitrabilité et droit de la concurrence”, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2010, p. 249.

¹¹⁵⁰ TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability”, cit., p. 101.

¹¹⁵¹ TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability”, cit., p. 101.

¹¹⁵² DÁRIO MOURA VICENTE, “L’évolution récente du droit de l’arbitrage au Portugal”, cit., p. 329.

¹¹⁵³ 391 F. 2d 821 (1968); BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité des litiges dans l’ordre interne belge dans une perspective comparative”, cit., p. 85.

i) Acções executivas e oposição à execução

As acções executivas são em regra inarbitráveis¹¹⁵⁴. Contudo, o legislador português inovou neste domínio. O Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, prevê a possibilidade de remeter as acções executivas à arbitragem institucionalizada. Nos termos do artigo 11.º do referido Decreto, pode ser autorizada a criação de centros de arbitragem voluntária com competência para a resolução de litígios resultantes do processo de execução e para a realização das diligências de execução previstas na lei. Nos processos de execução submetidos ao centro de arbitragem, os actos do processo de execução da competência do juiz, designadamente a decisão da oposição à execução e da oposição à penhora, a verificação e graduação de créditos e respectivas reclamações e impugnações, bem como a decisão das reclamações dos actos da competência dos agentes de execução são da competência dos juízes árbitros (artigo 14.º, n.º 1). Nos processos de execução submetidos ao centro de arbitragem, os actos do processo de execução da competência do agente de execução podem ser da competência do próprio centro de arbitragem ou de agentes de execução (artigo 14.º, n.º 2).

Na Alemanha, os litígios que surjam depois de o tribunal judicial ter proferido a sua decisão são arbitráveis¹¹⁵⁵. As acções de oposição à execução ao abrigo do §

¹¹⁵⁴ Veja-se: LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 118; ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Introdução às práticas arbitrais*, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, 2011, p. 79.

¹¹⁵⁵ TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability”, cit., p. 103.

767¹¹⁵⁶ e do § 771¹¹⁵⁷ do ZPO são arbitráveis¹¹⁵⁸. Do mesmo modo, as acções que visem a modificação de uma quantia fixada por decisão judicial, pagável de forma periódica ao abrigo do § 323 do ZPO¹¹⁵⁹, são arbitráveis¹¹⁶⁰.

j) Arbitrabilidade da pretensão anulatória da decisão arbitral

O âmago do problema da arbitrabilidade da pretensão anulatória da decisão arbitral consiste em saber se é possível que, por convenção das partes, seja deferida para o tribunal arbitral o controlo da legalidade de uma decisão arbitral. Para a Professora PAULA COSTA E SILVA¹¹⁶¹, há que considerar os diversos fundamentos de anulação enunciados na lei. *Grosso modo*, os mesmos reconduzem-se à ultrapassagem

¹¹⁵⁶ § 767 ZPO (Action raising an objection to the claim being enforced):

“(1) Debtors are to assert objections that concern the claim itself as established by the judgment by filing a corresponding action with the court of first instance hearing the case.

(2) Such objections by way of an action may admissibly be asserted only insofar as the grounds on which they are based arose only after the close of the hearing that was the last opportunity, pursuant to the stipulations of the present Code, for objections to be asserted, and thus can no longer be asserted by entering a protest.

(3) In the action that he is to file, the debtor must assert all objections that he was able to assert at the time at which he filed the action”.

¹¹⁵⁷ § 771 ZPO (Third-party proceedings instituted to prevent the execution of a judgment):

“(1) If a third party claims to have title preventing the disposal of an object subject to compulsory enforcement, it shall lodge the opposition against compulsory enforcement by filing a corresponding court action with the court in the district of which compulsory enforcement is being pursued.

(2) Where the action is filed both against the creditor and the debtor, they are to be deemed joined parties.

(3) The stipulations of sections 769 and 770 shall apply mutatis mutandis to instances in which compulsory enforcement is stayed, and to the abrogation of any enforcement activities already pursued. Enforcement activities admissibly may be abrogated also without any security being provided”.

¹¹⁵⁸ TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability”, cit., p. 103.

¹¹⁵⁹ § 323 ZPO (Modification of judgments):

“(1) Should a judgment stipulate an obligation to recurrent performance becoming due in the future, each part may petition for it to be modified. The complaint shall be admissible only if the facts and circumstances submitted by the plaintiff result in a material change to the factual or legal circumstances on which the decision is based.

(2) The complaint may only be based on grounds that have arisen after the hearing on the facts in the preceding proceedings was closed, and which it is or was not possible to assert by way of entering a protest.

(3) The modification is permissible for the time following the date on which the complaint has become pending.

(4) Should the factual or legal circumstances have undergone a material change, the decision is to be adjusted while upholding the foundations on which it is based”.

¹¹⁶⁰ TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability” ..., p. 103.

¹¹⁶¹ PAULA COSTA E SILVA, “A arbitrabilidade da pretensão anulatória de decisão arbitral: expansão da arbitragem a um domínio improvável?”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, Jan-Jun. 2015, p. 50.

de limites impostos à jurisdição arbitral por lei, por convenção ou por postulação, à violação da ordem pública internacional do Estado (português) – quer a violação de princípios substantivos, quer processuais – e a circunstâncias patológicas na constituição do tribunal arbitral¹¹⁶². Importa então admitir a arbitrabilidade da pretensão anulatória.

Segundo afirma¹¹⁶³: “Na verdade, o Estado apenas se terá reservado um monopólio de jurisdição quando a decisão colida com interesses seus, que não pode deixar de tutelar. Nos demais conjuntos de casos, e ainda que o regime esteja traçado para uma impugnação através de tribunais estaduais, não pode invocar-se este regime como conferindo uma zona de jurisdição necessariamente excludente da arbitrabilidade”. Para GEORG SCHWARZENBERGER¹¹⁶⁴: “*there is no reason why States should not agree by a new ‘compromis’ to submit the issue of nullity of an award to the decision of another tribunal (...)*”.

Não nos parece impossível que a pretensão anulatória da decisão arbitral seja arbitrável. Alguns ordenamentos jurídicos como o francês admitem a possibilidade de as partes renunciarem ao controlo da legalidade da sentença arbitral. Se se admitir a renúncia na íntegra ao controlo da legalidade pelas jurisdições estaduais, parece de admitir a situação menos gravosa que é a de sujeitá-lo por via contratual a uma jurisdição arbitral.

k) Admissibilidade de arbitragens colectivas (*Class actions*)

Contrariamente às arbitragens de massa (*Mass Claims*) que procedem de reclamações oriundas de um mesmo evento, as arbitragens colectivas (*Class actions*) visam envolver num único processo todas as partes pertencentes a uma mesma classe (v.g. consumidores, trabalhadores, etc.)¹¹⁶⁵. Uma *class action* tem subjacente a ideia de não deixar acontecer que as empresas provoquem danos de montantes relativamente

¹¹⁶² PAULA COSTA E SILVA, “A arbitrabilidade da pretensão anulatória de decisão arbitral: expansão da arbitragem a um domínio improvável?”, cit., p. 50.

¹¹⁶³ PAULA COSTA E SILVA, “A arbitrabilidade da pretensão anulatória de decisão arbitral: expansão da arbitragem a um domínio improvável?”, cit., p. 51.

¹¹⁶⁴ GEORG SCHWARZENBERGER, 1, *International Law* 430 (1945); apud W. M. REISMAN, “Supervisory Jurisdiction of the ICJ”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 224.

¹¹⁶⁵ MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration – Law and Practice*, cit., p. 181, N. 6-14.

pequenos, a uma escala colectiva e que perturbem o equilíbrio do mercado¹¹⁶⁶. Quando o dano causado aos consumidores é difuso, as vítimas tendem a não intentar acções visando a sua reparação, uma vez que existe neste caso uma desproporção entre o dano e os custos do processo¹¹⁶⁷.

A admissibilidade das arbitragens colectivas é reconhecida nos Estados Unidos da América. O caso *Keating v. Superior Court* é considerado o primeiro nesta matéria¹¹⁶⁸. No entanto, o *leading case* é o caso *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle* (2003) em que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos decidiu a favor da arbitragem colectiva¹¹⁶⁹. Outras decisões reconheceram a vantagem que pode apresentar uma arbitragem colectiva para os consumidores quando as suas reclamações são de pequena importância e em que, de outro modo, o acesso à justiça possa estar-lhes vedado. Contudo, a arbitragem colectiva levanta problemas sérios nos países de Direito Civil (*Civil Law*), nomeadamente, em relação à questão do consentimento das partes à mesma¹¹⁷⁰, ao efeito de caso julgado de decisões arbitrais proferidas nessas arbitragens, à confidencialidade e ao reconhecimento ou execução das sentenças nos países que não admitem tais arbitragens¹¹⁷¹.

Importa, contudo, referir que, mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal flexibilizou a sua posição. No caso *Epic Systems Corp v. Lewis*, datado de 21 de Maio de 2018¹¹⁷², o Supremo Tribunal decidiu que as cláusulas arbitrais inseridas em contratos de trabalho impedem que os trabalhadores recorram a acções colectivas contra o empregador por violação de normas federais sobre o Direito laboral. Segundo o Supremo Tribunal, o FAA determina que os tribunais executem as cláusulas arbitrais, não prevendo o *National Labor Relations Act* o direito a acções colectivas (*class or*

¹¹⁶⁶ BÉATRICE LAPÉROU-SCHENEIDER, “De la nature répressive de l’action de groupe et de son extension en droit du travail”, in *Droit social*, N.º 3, Dalloz, 2015, p. 257.

¹¹⁶⁷ BÉATRICE LAPÉROU-SCHENEIDER, “De la nature répressive de l’action de groupe et de son extension en droit du travail”, cit., p. 257.

¹¹⁶⁸ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO; JOANA MACEDO, “Some first steps on the difficult road to a coherent class or collective arbitration regime in Europe? Portugal’s upcoming shareholder dispute regime”, in *X Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2017, p. 82.

¹¹⁶⁹ MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration – Law and Practice*, cit., p. 181, N. 6-14.

¹¹⁷⁰ MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration – Law and Practice*, cit., p. 183, N. 6-14; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO; JOANA MACEDO, “Some first steps on the difficult road to a coherent class or collective arbitration regime in Europe? Portugal’s upcoming shareholder dispute regime”, cit., p. 83.

¹¹⁷¹ ANA MONTESINOS GARCÍA, “Collective arbitration in Europe”, in *X Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2017, pp. 113-119.

¹¹⁷² 584 U.S. _ (2018).

collective actions) a favor dos trabalhadores. No caso concreto, os trabalhadores reclamavam conjuntamente contra três empregadores, tendo sido orientado pelo Supremo Tribunal a, individualmente, cumprirem o estipulado nas cláusulas arbitrais constantes dos respectivos contratos de trabalho.

l) Dano ambiental

O ambiente corresponde a um interesse de fruição colectiva de componentes ambientais naturais cuja protecção cabe *a priori* ao Estado¹¹⁷³. Trata-se, por conseguinte, de um interesse individualmente indisponível¹¹⁷⁴. Daí surgem as dúvidas sobre a arbitrabilidade do interesse ambiental. Segundo a Professora CARLA AMADO GOMES¹¹⁷⁵, no que respeitam aos interesses difusos (ambiente, saúde, património cultural), a indisponibilidade é apenas normativa. Tal indisponibilidade implica a impossibilidade de as normas de ordem pública que regem tais matérias deixarem de ser aplicadas com rigor. Por exemplo, se se tratar de uma situação de contaminação do solo ferindo direitos reais, direitos pessoais e interesses ecológicos, não será negociável a dimensão da reparação do dano ecológico com o agente do dano, mas o montante e a forma de liquidação das reparações dos direitos reais e pessoais caem no âmbito da livre disposição dos titulares¹¹⁷⁶.

m) Conflitos desportivos

Portugal, à semelhança de outros países europeus, deu um passo relativamente à arbitragem desportiva. Seguindo o modelo do *Tribunal arbitral du Sport* (TAS), o legislador português instituiu uma arbitragem necessária no domínio desportivo¹¹⁷⁷. O TAD (Tribunal arbitral do Desporto) tem competência, nos termos do artigo 1.º da Lei do Tribunal arbitral do Desporto (Lei n.º 74/2013, de 6 de Setembro), para administrar a justiça relativamente a “litígios que relevam do ordenamento jurídico desportivo ou

¹¹⁷³ CARLA AMADO GOMES, “Arbitragem administrativa e ambiente”, in *Arbitragem e Direito público*, Carla Amado Gomes *et al.* (coord), AAFDL Editora, 2015, p. 444.

¹¹⁷⁴ CARLA AMADO GOMES, “Arbitragem administrativa e ambiente”, *cit.*, p. 444.

¹¹⁷⁵ CARLA AMADO GOMES, “Arbitragem administrativa e ambiente”, *cit.*, p. 444.

¹¹⁷⁶ CARLA AMADO GOMES, “Arbitragem administrativa e ambiente”, *cit.*, p. 444.

¹¹⁷⁷ Veja-se: ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A resolução de conflitos desportivos em Portugal – Entre o Direito público e o Direito privado*, Almedina, 2017, pp. 460 e ss..

relacionados com a prática do desporto”¹¹⁷⁸. Trata-se de conflitos que derivam de actos e omissões das federações desportivas, ligas profissionais, bem como de outras entidades desportivas no exercício dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direcção e disciplina; conflitos que derivam de procedimentos disciplinares da competência da Autoridade de Antidopagem de Portugal e dos órgãos disciplinares das federações desportivas relativas à dopagem¹¹⁷⁹. São excluídas as questões emergentes da aplicação das normas técnicas e disciplinares directamente respeitantes à prática da própria competição desportiva.

n) Litígios resultantes de contratos de adesão e de consumo¹¹⁸⁰

No Direito angolano, a Lei n.º 4/03, de 18 de Fevereiro, sobre as Cláusulas Contratuais Gerais (LCCG) proíbe na alínea g) do seu artigo 11.º, em função do quadro negocial, as cláusulas que estabelecem de forma injustificada um tribunal arbitral competente que apresente graves inconvenientes para uma das partes. Uma disposição semelhante consta da alínea g) do artigo 19.º da Lei sobre as Cláusulas Contratuais Gerais portuguesa (LCCGP). Os Professores RAÚL VENTURA¹¹⁸¹ e LIMA PINHEIRO¹¹⁸² consideram que esta disposição é aplicável à arbitragem, mas que só em situações verdadeiramente excepcionais poderá o tribunal arbitral apresentar graves inconvenientes para o aderente. A alínea h) do artigo 13.º da lei angolana considera como cláusula absolutamente proibida aquela que exclua ou limite a possibilidade de requerer tutela judicial para as situações litigiosas que surjam entre os contraentes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias processuais estabelecidas na lei.

¹¹⁷⁸ Sobre o debate em torno das noções de “ordenamento jurídico do desporto” e “conflitos relacionados com a prática do desporto”, veja-se a bibliografia referida em: ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA; DANIELA MIRANTE, *O regime jurídico do Tribunal arbitral do Desporto – anotado e comentado*, Petrony Editora, 2016, p. 20.

¹¹⁷⁹ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “O novo regime jurídico da resolução de conflitos desportivos no direito administrativo: sobre a arbitragem necessária e a mediação do tribunal arbitral do desporto”, in *Arbitragem e Direito público*, in Carla Amado Gomes *et al.* (Coord.), AAFDL Editora, 2015, p. 409.

¹¹⁸⁰ Sobre esta matéria, veja: LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., pp. 63-65.

¹¹⁸¹ RAÚL VENTURA, “Convenção de arbitragem e cláusulas contratuais gerais”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, N.º 46, Lisboa, 1986, p. 44.

¹¹⁸² LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional ...*, cit., p. 92.

Tratando-se de consumidores, a alínea f) do artigo 16.º da Lei angolana n.º 15/03, de 22 de Julho, sobre a defesa do consumidor, considera nulas as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que determinam a utilização compulsória da arbitragem. O Professor RAÚL RODRIGUES¹¹⁸³ entende que, no Direito angolano, nada impede às partes de submeterem o litígio a árbitros quando houver controvérsias, afastando a LDC tão-somente a sujeição compulsiva do consumidor a este meio de resolução de diferendos.

O Professor MOURA VICENTE¹¹⁸⁴ refere, em relação a disposições semelhantes na legislação portuguesa, que não se deve concluir delas a proibição genérica da arbitragem, em matéria de contratos com consumidores. As referidas normas obrigam a que a inserção de cláusulas compromissórias em contratos de adesão celebrados com consumidores não importe a exclusão ou limitação do recurso pelos consumidores aos tribunais judiciais. Sendo a *ratio* da lei a protecção do aderente, o sentido a dar a estas cláusulas é de que “conferem ao tribunal arbitral uma competência concorrente com a dos tribunais judiciais”¹¹⁸⁵, cabendo ao aderente a faculdade de optar entre o foro arbitral e o judicial¹¹⁸⁶. São, por conseguinte, inoponíveis ao aderente.

A Professora FRANÇA GOUVEIA¹¹⁸⁷ mostrou-se desfavorável a esta tese, qualificando de “regime híbrido” desconhecido das regras sobre arbitragem, ao prever uma situação de competência concorrente que seja apenas invocável pelo consumidor. Para esta autora¹¹⁸⁸, se a questão for a das garantias processuais, a arbitragem assegura um processo igual e contraditório para ambas as partes. Se a questão for do erro do consumidor, de falta de informação ou de compreensão em relação ao instituto da arbitragem, o problema que o legislador pretende resolver é o do consentimento, da

¹¹⁸³ RAÚL CARLOS DE FREITAS RODRIGUES, *O Consumidor no Direito angolano*, Almedina, 2009, p. 144.

¹¹⁸⁴ DÁRIO MOURA VICENTE, “A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem”, cit., p. 998.

¹¹⁸⁵ DÁRIO MOURA VICENTE, “A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem”, cit., p. 998.

¹¹⁸⁶ DÁRIO MOURA VICENTE, “A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem”, cit., p. 998.

¹¹⁸⁷ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 128-129.

¹¹⁸⁸ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 128-129.

vontade¹¹⁸⁹. Por conseguinte, há que recorrer às regras gerais da formação dos contratos¹¹⁹⁰.

O legislador português aprovou recentemente a Lei n.º 63/2019, de 16 de Agosto que sujeita os conflitos de consumo de reduzido valor económico, por opção do consumidor, à arbitragem necessária ou mediação, e obriga à notificação da possibilidade de representação por advogado ou solicitador nesses conflitos, procedendo à quinta alteração à Lei n.º 24/96, de 31 de Julho. Nos termos do n.º 2 do artigo 14.º: “Os conflitos de consumo de reduzido valor económico estão sujeitos a arbitragem necessária ou mediação quando, por opção expressa dos consumidores, sejam submetidos à apreciação de tribunal arbitral adstrito aos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados”¹¹⁹¹.

GARY BORN¹¹⁹² faz uma reflexão interessante sobre a incoerência que resulta da proibição da inclusão de cláusulas arbitrais em contratos de adesão ou de consumo. Na verdade, “*If a dispute can satisfactorily be resolved by arbitration after it has arisen, why could the same dispute not have been the subject of a pre-dispute agreement to arbitrate? If post-dispute agreements to arbitrate are permitted, aren’t concerns about supposed defects in the arbitral process just window-dressing? Aren’t disparities in bargaining power and lack of informed consent the only basis for prohibiting pre-dispute arbitration agreements?*”.

2.4. Síntese comparativa e conclusiva

I. Nota-se o carácter evolutivo das manifestações legais e jurisprudenciais do *favor arbitrandum* em matéria de arbitrabilidade objectiva. O *favor arbitrandum* – como o *favor laboratoris*¹¹⁹³ – corresponderia a um estágio da evolução sócio-económica de determinada sociedade.

¹¹⁸⁹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 128-129.

¹¹⁹⁰ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 128-129.

¹¹⁹¹ Consideram-se conflitos de consumo de reduzido valor económico aqueles cujo valor não exceda a alçada dos tribunais de 1.ª instância (art. 14.º, n.º 3), ou seja, os conflitos de consumo de valor económico até 5.000 euros.

¹¹⁹² GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 481.

¹¹⁹³ ANTÓNIO JORGE DA MOTTA VEIGA, *Lições de Direito do Trabalho*, 4ª Edição, cit., p. 161.

O Professor MOURA VICENTE¹¹⁹⁴, argumentando no sentido da alteração do critério da arbitrabilidade no Direito português, aquando da discussão da elaboração da actual LAVP, sublinhava a relevância do *favor arbitrandum* na evolução do Direito da Arbitragem, em especial no domínio da arbitrabilidade objectiva, nos seguintes termos: “O *favor arbitrandum* tem levado a jurisprudência e as legislações de diversos países a um progressivo alargamento das matérias susceptíveis de solução por via arbitral, sem recurso ao critério da disponibilidade dos direitos disputados”.

A nível jurisprudencial, uma primeira tendência, encabeçada pelos tribunais franceses, traça como limite à arbitrabilidade dos litígios internacionais a contrariedade à ordem pública internacional. E uma segunda tendência, representada pelos tribunais americanos, entende que a aferição da arbitrabilidade de litígios em contratos internacionais não se sujeita a leis estaduais¹¹⁹⁵. A nível legislativo, conforme exemplificámos, notam-se posições dos diferentes legisladores cada vez mais favoráveis à abertura à justiça arbitral de matérias outrora reservadas ao juiz estadual. É o caso de Angola, relativamente aos litígios laborais e fiscais.

Em Portugal, a arbitrabilidade de questões tributárias ocupa um lugar de destaque. Salienta-se o seguinte pronunciamento de ALEXANDRA MARQUES a respeito do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro: “Considerações acerca da admissibilidade da resolução de litígios fiscais, especialmente motivada pelo *favor arbitrandum* (...) vieram a ocupar a atenção em autores como a Professora Paula Costa e Silva e no trabalho desenvolvido pela Professora Ana Perestrelo de Oliveira, cujas posições se mostravam especialmente favoráveis à abertura da arbitragem a outras áreas do direito, como o Direito Fiscal”¹¹⁹⁶.

A doutrina¹¹⁹⁷ fala do declínio da doutrina da inarbitrabilidade nas recentes décadas, mormente em matérias envolvendo questões de concorrência, tanto na Europa como nos Estados Unidos da América. O princípio do *favor arbitrandum* deve guiar o

¹¹⁹⁴ DÁRIO MOURA VICENTE, “Portugal e as Convenções Internacionais em matéria de Arbitragem”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*, 2007, p. 79.

¹¹⁹⁵ ANNE-CAROLE CREMADES, “El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización”, cit., p. 41.

¹¹⁹⁶ ALEXANDRA MARQUES, “Arbitragem institucional e centros de arbitragem de Direito público”, p. 358.

¹¹⁹⁷ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 488-489; NIGEL BLACKABY; CONSTANTINE PARTASIDES, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th edition, cit., p. 124.

juiz em caso de dúvida quanto à arbitrabilidade do litígio ¹¹⁹⁸. Para FRÉDÉRIC HENRY ¹¹⁹⁹: “*Le domaine des différents arbitrables a donc subi de plus amples évolutions amorcées dès les années 1970. À la faveur d’un mouvement qualifié de ‘favor arbitrandum’, il a progressivement été admis que le choix de recourir à l’arbitrage ne pouvait plus être assimilé à la renonciation des parties au contenu des dispositions dont l’arbitre devrait connaître*”.

Por fim, quer se trate da aplicação pelo árbitro de normas jurídicas injuntivas de interesse e ordem pública pertencentes à regulação do sector privado (v.g. as relativas à validade dos contratos), quer se trate de normas imperativas que integram o Direito público e protejam os interesses públicos considerados fundamentais (v.g. normas sobre a concorrência, mercados de capitais, controlo cambial, proibição de suborno e corrupção, etc.) ¹²⁰⁰, observa-se um progresso no campo da arbitrabilidade.

II. A arbitrabilidade de uma questão que traduzia uma manifestação do *favor arbitrandum* poderá, com o tempo, deixar de ser vista como tal. Por conseguinte, em matéria de arbitrabilidade dos litígios, o *favor arbitrandum* apresenta um carácter evolutivo. O princípio do *favor arbitrandum* apresenta-se como um princípio dinâmico.

Nesta ordem de ideias, pode-se questionar se a arbitrabilidade dos litígios de concorrência deve ser ainda hoje considerada como sendo uma manifestação de *favor arbitrandum*. Uma determinada manifestação de *favor arbitrandum* não ficaria ultrapassada no momento em que a consciência jurídica colectiva tomasse por adquirida a arbitrabilidade de certa matéria? Parece-nos que será preciso obviamente muito tempo para poder concluir que a arbitrabilidade de determinada questão não seja mais expressão de *favor arbitrandum*. Isto pode revestir-se de algum subjectivismo, pois falta conhecer quanto tempo deve passar para se chegar a essa conclusão.

A arbitrabilidade de questões em matéria de litígios de corrupção, de litígios fiscais, de direitos de propriedade intelectual ou de concorrência traduzem, sem dúvida, uma evolução em matéria de arbitrabilidade que ainda deve ser considerada como manifestação do *favor arbitrandum*. Não pensamos que se possam, no entanto,

¹¹⁹⁸ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 927.

¹¹⁹⁹ FRÉDÉRIC HENRY, “Les progrès de l’arbitrage: existe-t-il encore des pans entiers du droit qui, pour tous leurs aspects, ne peuvent donner lieu à l’arbitrage/arbitrabilité?”, in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l’arbitrage*, Cepani, Bruylant, 2013, p. 193.

¹²⁰⁰ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, cit., p. 22.

considerar tais exemplos como normais ao ponto de já não constituírem – senão a título meramente histórico – uma expressão de *favor arbitrandum*.

III. A evolução da arbitrabilidade apresenta-se em forma sinusoidal. Importa salientar, conforme refere o Professor CHARLES JARROSSON¹²⁰¹, que a evolução não é sempre linear, podendo conhecer altos e baixos. Se se considerar a evolução da arbitrabilidade a partir do século XIX, há que considerá-la efectivamente crescente. No entanto, um estudo sobre a arbitragem na Suíça Romana na Idade Média revelou que, naquela época, eram arbitráveis algumas matérias consideradas como indisponíveis, como o Direito da Família ou o Direito público¹²⁰².

O Professor PEDRO MAIA¹²⁰³ observa uma “curiosa evolução histórica” em matéria de recurso à arbitragem para a resolução de conflitos societários. O referido autor refere que na primeira metade do século XIX, vários ordenamentos jurídicos como o francês, o espanhol e o brasileiro impunham o recurso à arbitragem para a resolução de litígios societários¹²⁰⁴.

Era também o caso de Portugal. O artigo 1031.º do Código Comercial de 1833 determinava que “*Serão necessariamente decididas por árbitros as questões e controversias, a que a lei dá esta forma especial de decisão*”¹²⁰⁵. E, por seu turno, o artigo 748.º do referido Código previa que “*toda a falta de cumprimento d’um socio a convenção social presta aos socios restantes acção contra elle para adimplemento da estipulação e composição do damno dahi resultante á sociedade, determinado por arbitradores commerciaes relativos*”¹²⁰⁶. Por fim, o artigo 749 do mesmo Código estipulava que “*Toda a contestação entre socios relativa a sociedade, e suas dependências, seja qual for a sua natureza, será sempre julgada privativamente por árbitros commerciaes. É prohibido estipular o contrario*”¹²⁰⁷.

¹²⁰¹ CHARLES JARROSSON, “Response to the report of Mr. Frédéric Henry”, in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l’arbitrage*, cit., pp. 209-210.

¹²⁰² CHARLES JARROSSON, “Response to the report of Mr. Frédéric Henry”, in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l’arbitrage*, cit., pp. 209-210.

¹²⁰³ PEDRO MAIA, “Arbitragem societária: presente e prospectiva”, cit., p. 38.

¹²⁰⁴ PEDRO MAIA, “Arbitragem societária: presente e prospectiva”, cit., p. 39.

¹²⁰⁵ PEDRO MAIA, “Arbitragem societária: presente e prospectiva”, cit., p. 38.

¹²⁰⁶ PEDRO MAIA, “Arbitragem societária: presente e prospectiva”, cit., p. 38.

¹²⁰⁷ PEDRO MAIA, “Arbitragem societária: presente e prospectiva”, cit., p. 38.

Entretanto, na segunda metade do século XIX, este regime que consubstanciava uma arbitragem necessária, foi abandonado pelos diferentes legisladores¹²⁰⁸. Por conseguinte, o *favor arbitrandum* é uma noção evolutiva, cuja sorte evolui ao longo do tempo.

¹²⁰⁸ PEDRO MAIA, “Arbitragem societária: presente e prospectiva”, cit., p. 38.

Capítulo III

Manifestações relativas à sentença arbitral

Importa agora para finalizar a primeira parte desta dissertação, analisarmos as manifestações do *favor arbitrandum* relativas à sentença arbitral. A sentença arbitral tem os efeitos de caso julgado e de força executiva. Características que a fazem assemelhar às sentenças judiciais. No seu resultado, a arbitragem tem a natureza pública. A sentença não é um negócio jurídico privado. A parte vencedora tem a possibilidade de requerer judicialmente a execução da sentença arbitral quando a parte vencida não se prontifique a executá-la voluntariamente. Sem o concurso da justiça estadual para esse efeito, a arbitragem seria, conforme a expressão de MÜLLER¹²⁰⁹, um tigre sem dentes (“*a toothless tiger*”).

A sentença arbitral não é oponível a terceiros, mas constitui um facto de que se podem prevalecer terceiros à convenção de arbitragem¹²¹⁰. Neste sentido, diz-se que o fiador não pode ignorar a sentença arbitral que venha a declarar extinta a dívida do devedor. Mas, não pode ser condenado por sentença arbitral quando não foi parte à convenção de arbitragem que deu origem ao procedimento arbitral¹²¹¹.

A sentença arbitral é fruto de uma caminhada curta ou longa para as partes, o que motivou a sua actuação no procedimento arbitral. A sua validade é condição *sine qua non* para que os direitos disputados, e finalmente reconhecidos por uma decisão com força vinculativa, possam ser concretizados. E, neste ponto, ainda não está tudo perdido para a parte vencida. Em regra, esta última quererá escrutinar o desenrolar do processo e a própria sentença para encontrar motivos que possam levar à sua revisão de mérito ou anulação pelo juiz estadual, em sede de recurso ou de acção anulatória.

Tratando-se ainda de uma sentença arbitral proferida fora do país em que é requerido o seu reconhecimento ou execução, a reserva da ordem pública constituirá um poderosíssimo limite aos seus efeitos no foro.

Por fim, quando a sentença arbitral for anulada no país da sede, poderá beneficiar de um tratamento mais favorável no país onde a sua execução for requerida.

¹²⁰⁹ SEBASTIAN D. MÜLLER, “Interpretation of arbitral agreements by German courts”, in *European International Arbitration Review*, Vol. 1:1, p. 119.

¹²¹⁰ DANIEL COHEN, *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993, p. 317.

¹²¹¹ DANIEL COHEN, *Arbitrage et société*, cit., p. 317.

Que manifestações podem ser atribuídas ao *favor arbitrandum* relativamente às sentenças arbitrais? As manifestações legais ou jurisprudenciais do princípio do *favor arbitrandum* relativas à sentença arbitral podem ser agrupadas, *grosso modo*, em manifestações relativas à validade da sentença arbitral (**Secção I**) e às que se referem ao reconhecimento da sentença arbitral (**Secção II**).

Secção I

Manifestações relativas à validade da sentença arbitral

As manifestações relativas à validade da sentença arbitral podem respeitar à dissociação da parte anulável da sentença arbitral proferida *extra potestatem* (1), à exclusão do recurso de mérito da sentença arbitral internacional (2) ou à presunção *juris tantum* de validade e eficácia da sentença arbitral estrangeira a ser reconhecida ao abrigo da Convenção de Nova Iorque (3).

1. Dissociação da parte anulável da sentença arbitral proferida *extra potestatem*

1.1. Diferenciação entre sentença *extra potestatem* e sentença *ultra petita*

I. Existe um duplo limite que se impõe ao tribunal arbitral em relação à matéria submetida à sua apreciação: (i) o objecto do litígio deve ser abrangido pela convenção de arbitragem; e (ii) o tribunal arbitral apenas irá decidir em relação ao que lhe for pedido. Assim, o tribunal arbitral deverá decidir *omnia petita*¹²¹², mas não poderá proferir sentenças *extra potestatem* ou condenar *ultra petita*. O tribunal arbitral profere uma sentença *extra potestatem* quando decide sem convenção de arbitragem ou sobre litígios não abrangidos pela convenção¹²¹³. Diferente desta hipótese é a de o tribunal pronunciar-se *ultra petitem*¹²¹⁴. É o caso quando condena em algo diverso ou superior

¹²¹² THOMAS CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, p. 636, N. 829.

¹²¹³ Veja-se: POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 789, N. 807; *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 746, N. 807; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Recurso e anulação da decisão arbitral: admissibilidade, fundamentos e consequências”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, 2008, p. 185; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual da Arbitragem*, cit., p. 524.

¹²¹⁴ No Direito português, o art. 615.º do CPC dispõe que “É nula a sentença quando:

(...)

d) O juiz deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento;

e) O juiz condene em quantidade superior ou em objeto diverso do pedido. (...)”. Veja-se: RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2014, p. 393. De acordo com JOSÉ LEBRE DE FREITAS, trata-se de fundamentos de anulabilidade e não de nulidade conforme a terminologia da lei. “A nulidade da sentença pode ser *total*. Mas é meramente parcial quando o vício apenas em parte a afete. Assim acontece quando, havendo vários pedidos, o vício respeite apenas à apreciação de um deles” (JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa comum – À luz do Código de Processo Civil de 2013*, Coimbra Editora, 2013, pp. 331 e 335). Segundo ANTÓNIO JÚLIO CUNHA: “Nulidade frequentemente invocada nos nossos tribunais é a prevista na primeira parte da alínea d) do art. 615.º, ou seja, a *omissão de pronúncia*. Frequente é, igualmente, a observação dos nossos tribunais superiores, de que só há nulidade

ao pedido. Como salientam FOUCARD, GAILLARD e GOLDMAN¹²¹⁵: “*Ce grief ne se confond pas avec celui du dépassement des limites de la convention d’arbitrage (...)*”. Na maioria de ordenamentos jurídicos, não vem previsto na lei um motivo de anulação da decisão arbitral pelo facto de o tribunal arbitral ter-se declarado incompetente, nomeadamente quando o litígio não for abrangido pela convenção de arbitragem¹²¹⁶.

Delimitado esquematicamente o espaço do *extra potestatem* em relação ao *ultra petitum*, importa referir as duas hipóteses em que irá ocorrer uma coincidência entre os limites dos pedidos das partes e os da convenção de arbitragem. A primeira verifica-se quando a sentença arbitral é proferida com base num compromisso arbitral¹²¹⁷. Os limites do compromisso arbitral confundem-se com os limites da controvérsia. A segunda tem lugar quando os árbitros redigiram os “Termos de referência” da arbitragem, descrevendo minuciosamente todas as questões a serem decididas¹²¹⁸. Neste caso, os Termos de referência equiparam-se ao compromisso. Sempre que o árbitro decida *extra potestatem*, está a usurpar poderes jurisdicionais do juiz estadual¹²¹⁹.

quando o juiz não se pronuncia sobre “verdadeiras questões” invocadas pelas partes, e não perante a ‘argumentação’ aduzida pelas partes. Por ‘questões’, reitera-se, não se devem considerar as ‘razões’ ou ‘argumentos’ apresentados pelas partes, mas sim as *pretensões*, *causas de pedir* e *exceções*. Atenta a alínea e) do art. 615.º, a sentença será nula ocorrendo excesso de pronúncia, ou seja, sempre que, em síntese, *a causa do julgado não se identifique com a causa de pedir ou o julgado não se identifique com o pedido (...)* Em qualquer caso, arguida a nulidade da sentença (no recurso ou na reclamação), compete ao juiz apreciá-la e suprir a mesma (art. 617.º, n.ºs 1 e 4) se, naturalmente, considerar procedente a sua invocação” (ANTÓNIO JÚLIO CUNHA, *Direito processual civil declarativo*, 2ª edição, Quid Juris, 2015, p. 364.

Nos termos do n.º 3 do art. 46.º: “A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se:

(...)

iii) A sentença se pronunciou sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou contém decisões que ultrapassam o âmbito desta (...).”

Nos termos do art. 34.º da LAV: “A decisão arbitral pode ser anulada pelo Tribunal Judicial por algum dos seguintes fundamentos:

g) ter o tribunal conhecido questões de que não podia tomar conhecimento ou ter deixado de se pronunciar sobre questões que devia apreciar”.

Conforme observam MANUEL GONÇALVES, SOFIA VALE e LINO DIAMVUTU, “A anulação da decisão arbitral será parcial se o fundamento da anulação só se verificar relativamente a uma parte da decisão que seja dissociável do conjunto (...) em relação às sentenças *infra* ou *ultra petita*” (*Lei da Arbitragem Voluntária Comentada Angola*, Almedina, 2013, p. 131).

¹²¹⁵ FOUCARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, cit., p. 955.

¹²¹⁶ Veja-se por exemplo: *BGH*, III Câmara, 6 de Junho de 2002, in *NJW*, 2002, p. 3031; *Les cahiers de l’arbitrage*, Vol. II, Alexis Mourre (Dir.), Gazette du Palais – Édition Juillet 2004, p. 379.

¹²¹⁷ CLÁVIO VALENÇA FILHO, “Sentença arbitral inexistente”, in *Reflexões sobre arbitragem*, Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Coords.), Editora LTR São Paulo, 2002, p. 366.

¹²¹⁸ CLÁVIO VALENÇA FILHO, “Sentença arbitral inexistente”, cit., pp. 366-367.

¹²¹⁹ CLÁVIO VALENÇA FILHO, “Sentença arbitral inexistente”, cit., p. 364.

1.2. Direito positivo

I. Na Lei-Modelo da CNUDCI, o artigo 34.º, n.º 1, alínea iii), sobre o pedido de anulação da sentença arbitral, determina que a parte que faz o pedido deve provar que a decisão tem por objecto um litígio não referido ou não abrangido pelo acordo de arbitragem ou contém decisões sobre matérias que ultrapassam o âmbito desse acordo, a menos que a parte da sentença que contém decisões sobre matérias não submetidas a arbitragem possa ser anulada, caso as decisões sobre matérias submetidas a arbitragem possam ser tratadas de forma separada das que o não foram. A Lei-Modelo permite a dissociação da parte anulável da sentença no caso de terem sido ultrapassado os termos do acordo de arbitragem (convenção de arbitragem). Na sua versão inglesa, lê-se que *“The award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside”*.

Conforme releva o Professor MENEZES CORDEIRO¹²²⁰, em regra, a decisão arbitral é, como qualquer decisão, uma “unidade lógica e valorativa”, de tal modo que tocar numa das suas partes envolve reequilibrar ou até alterar todo o conjunto. As legislações sobre arbitragem põem a hipótese da divisibilidade da decisão arbitral susceptível de ser anulada pelo tribunal estadual, sendo possível “discernir áreas autónomas” da decisão que não bulam “com a lógica e o equilíbrio do todo”¹²²¹.

Nos Direitos estaduais, convirá estabelecer uma distinção entre as legislações que limitam os efeitos da anulação da decisão arbitral proferidas *extra potestatem* e as que as consideram definitivamente nulas.

¹²²⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 457.

¹²²¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 457.

a) Legislações que cerceiam os efeitos da anulação da decisão arbitral proferida *extra potestatem*

II. No Direito angolano, a alínea g) do n.º 1 do artigo 34.º da LAV prevê a anulação da decisão arbitral por ter o tribunal conhecido questões de que não podia tomar conhecimento. O n.º 4 do referido artigo vem determinar que a anulação resultante deste fundamento não prejudica a validade da decisão sobre as questões que o tribunal podia conhecer. A formulação da alínea g) do n.º 1 do artigo 34.º da LAV parece-nos de tal modo imprecisa que permite abranger, ao mesmo tempo, as sentenças proferidas *ultra petita* e as sentenças proferidas *extra potestatem*.

III. A lei portuguesa é muito mais generosa neste aspecto. Se a parte da sentença relativamente à qual se verifique existir qualquer dos fundamentos de anulação previstos no n.º 3 do artigo 46.º da LAVP puder ser dissociada do resto da mesma, é unicamente anulada a parte da sentença atingida por esse fundamento de anulação (n.º 7 do artigo 46.º da LAVP). Os fundamentos de anulação da sentença arbitral contidos no n.º 3 do artigo 46.º da LAVP respeitam a (i) incapacidade de uma das partes ou invalidade da convenção de arbitragem; (ii) violação de princípios processuais fundamentais; (iii) *matéria não abrangida pela convenção de arbitragem ou decisões que ultrapassam o âmbito da convenção de arbitragem*; (iv) irregularidade na composição do tribunal arbitral; (v) condenação em quantidade superior ou em objecto diverso do pedido, conhecimento de questões não submetidas à arbitragem, não conhecimento de questões submetidas à arbitragem; (vi) violação dos requisitos formais, de teor e eficácia da sentença arbitral; (vii) notificação tardia da sentença; (viii) inarbitrabilidade do litígio; (ix) ofensa à ordem pública internacional do Estado português.

Sem proceder a uma distinção entre os vários fundamentos de anulação da sentença arbitral previstos no n.º 3 do artigo 46.º da LAVP, o legislador português limita-se a afirmar no n.º 7 do mesmo artigo que, sempre que for possível operar a dissociação da parte anulável da sentença, deve-se salvar a parte não viciada. Tal regime aplica-se naturalmente à alínea iii) do n.º 3 do artigo 46.º da LAVP que determina a anulação da sentença arbitral que se pronunciou sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou contém decisões que ultrapassam o âmbito desta.

IV. No Direito espanhol, de acordo com o artigo 41.º da Lei da arbitragem: “*En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás*”. As alíneas c) e e) do n.º 1 a que remete o texto *supra*, dizem respeito à “*anulación del laudo cuando la parte que solicita la anulación alegue e pruebe que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión*” e à “*anulación del laudo cuando la parte que solicita la anulación alegue e pruebe que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje*”. As questões não susceptíveis de arbitragem referem-se, sem dúvida, aos casos de inarbitrabilidade objectiva. A lei espanhola retém a possibilidade de dissociação da parte anulável da sentença nos casos em que a parte da sentença diga respeito a questões inarbitráveis, ou seja, questões fora do âmbito da convenção de arbitragem por força da lei¹²²².

V. O § 1059, n.º 2, 1, alínea c) do ZPO¹²²³ determina que a sentença arbitral possa ser anulada se conheceu de questões que extravasam o âmbito dos termos de submissão à arbitragem. A mesma disposição prevê a anulação parcial da sentença sempre que seja possível separar do resto da decisão a parte da decisão que envolve questões não submetidas à arbitragem. STEFAN KROLL e PETER KRAFT¹²²⁴ distinguem claramente a hipótese de o tribunal arbitral ter excedido a sua competência por ter decidido sobre questões não abrangidas pela convenção de arbitragem da hipótese de uma decisão *ultra petita*. O tribunal é livre de interpretar o pedido das partes, ainda que

¹²²² Sobre o art. 41.º da Lei espanhola da arbitragem, veja-se: IGNACIO ESTEBAN MONASTERIO; DAVID GARCÍA BARTOLOMÉ; GILBERTO PÉREZ DEL BLANCO; LAURA VÁSQUEZ GÓMEZ-ESCALONILLA, *Ley de Arbitraje*, cit., pp. 157 e ss.

¹²²³ § 1059 (Application for setting aside):
“(2) An arbitral award may be set aside only if:
1. c) the Award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration; provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the Award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside”.

¹²²⁴ STEFAN KRÖLL; PETER KRAFT, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VII: Recourse against the Award, § 1059 – Application for Setting aside”, in Patricia Nacimiento; Stefan Michael Kroll *et al.* (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, pp. 406-407.

tenham falado de uma sentença *ultra petita* quando na verdade se trate de uma sentença *ultra potestatem*¹²²⁵.

VI. O NCPC francês não contém nenhuma disposição que, em particular, trate da possibilidade de dissociação da parte anulável de uma sentença arbitral proferida *extra potestatem*. O n.º 1 do artigo 1492.º do NCPC prevê a hipótese de anulação da sentença arbitral no caso de o tribunal se ter, sem razão, pronunciado competente ou incompetente. Tal pode ocorrer quando o tribunal arbitral decide sobre questões não abrangidas pela convenção de arbitragem. Vai, precisamente neste caso, proferir – conforme referimos *supra* –, uma sentença *extra potestatem*. Existem decisões judiciais anteriores à reforma de 2011 que anularam na totalidade as sentenças arbitrais proferidas *extra potestatem*¹²²⁶.

VII. Na Bélgica, nos termos do §3 a) iii) do artigo 1717.º do Código Judiciário, a sentença arbitral pode ser anulada se a parte que solicita a anulação provar: “*Que la sentence porte sur un différend non visé ou n’entrant pas dans les prévisions de la convention d’arbitrage, ou qu’elle contient des décisions qui dépassent les termes de la convention d’arbitrage, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l’arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions soumises à l’arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l’arbitrage pourra être annulée*”. É, por conseguinte, admitida a dissociação da parte anulável da sentença, preservando-se a parte não viciada¹²²⁷. De acordo com CAROLINE VERBRUGGEN¹²²⁸: “*This is another expression of the principle of favor arbitrandum and the subsidiarity of the setting aside proceedings. Decisions of the tribunal that are not affected by the irregularity of the arbitrators will remain intact*”.

¹²²⁵ STEFAN KRÖLL; PETER KRAFT, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VII: Recourse against the Award, § 1059 – Application for Setting aside”, cit., p. 407.

¹²²⁶ Veja-se: Arrêt Thinet 8 mars 1988, Cass. Civ. 1re, 8 mars 1988, Thinet n.º 86-12.015, *Bull.*, I, n.º 65, p. 42.

¹²²⁷ CAROLINE VERBRUGGEN, “Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter VII: Article 1717”, in Niuscha Bassiri and Maarten Draye (eds), *Arbitration in Belgium*, Kluwer Law International, 2016, p. 472.

¹²²⁸ CAROLINE VERBRUGGEN, “Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter VII: Article 1717”, cit., p. 472.

VIII. No Direito inglês, nos termos do n.º 1 do artigo 67.º do *Arbitration Act*¹²²⁹:
“*A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court (...) for an order declaring an award made by the tribunal on the merits to be of no effect, in whole or in part, because the tribunal did not have substantive jurisdiction*”. A alínea c) do n.º 3 do mesmo artigo determina a possibilidade de o tribunal judicial competente anular no todo ou em parte a sentença arbitral. Assim, admite-se no Direito inglês a possibilidade de dissociação da parte anulável da sentença, tendo o tribunal arbitral decidido *extra potestatem*.

IX. Nos termos do § 10.º do FAA, a sentença arbitral pode ser anulada pelo tribunal judicial quando os árbitros tiverem excedido os seus poderes¹²³⁰. Trata-se de uma mera possibilidade de anulação, uma vez que o legislador federal americano utiliza a palavra “*may*”. Nos termos do referido parágrafo, “*(...) the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration (...) (4) Where the arbitrators exceeded their powers (...)*”.

b) Legislações que consideram definitivamente nulas as decisões arbitrais proferidas *extra potestatem*

X. No Brasil, o artigo 32.º da Lei da Arbitragem considera como nula a sentença que for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem. O Professor VALENÇA FILHO¹²³¹ entende que não basta o julgamento ser *extra* ou *ultra petita* para extrapolar os limites da convenção de arbitragem¹²³².

¹²²⁹ SAROSH ZAIWALA; PAVANI REDDY; KARTIK MITTAL, “England and Wales”, in ASHWINIE KUMAR BANSAL, *International Commercial Arbitration*, Universal Law Publishing Co., 2012, p. 293.

¹²³⁰ Nos Estados Unidos da América, o artigo 10.º do FAA prevê os motivos de anulação da sentença arbitral, a saber: a imparcialidade ou corrupção dos árbitros, uma condução deficiente do procedimento arbitral, o excesso de poder ou o seu mau exercício. No entanto, no caso *Lapine Technology Corp. v. Kyocera*, 130 F. 3rd. 884, 891 (9th Cir. 1997), o Tribunal de Apelação admitiu a possibilidade de as partes convencionarem motivos adicionais de anulação da sentença arbitral (Veja-se: ALAN SCOTT RAU; CATHÉRINE PÉDAMON, “La contractualisation de l’arbitrage: le modele américain”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 3, 2001, pp. 455-456.

¹²³¹ CLÁVIO VALENÇA FILHO, “Sentença arbitral inexistente”, cit., p. 365.

¹²³² CLÁVIO VALENÇA FILHO, “Sentença arbitral inexistente”, cit., p. 365.

XI. No Direito suíço, o artigo 190.º, n.º 2 b) da LDIP determina a possibilidade de se requerer a anulação de uma sentença proferida *extra potestatem*. A sentença pode ser posta em causa “*lorsque le tribunal s’est déclaré à tort compétent ou incompétent*”. Autores suíços reconduzem este fundamento à pronúncia fora do âmbito da convenção de arbitragem¹²³³. A jurisprudência do Tribunal Federal tende a considerar que a sentença proferida *extra potestatem* é simplesmente anulável¹²³⁴.

1.3. Síntese comparativa e conclusiva

Em regra, os sistemas jurídicos analisados permitem a dissociação da parte anulável da sentença arbitral. O princípio da conservação dos actos processuais em matéria de vícios processuais quando a nulidade de uma parte do acto não prejudica as outras partes que dela sejam independentes aplica-se em matéria arbitral¹²³⁵. Tal possibilidade de dissociação da parte anulável da sentença arbitral traduz o princípio *utile per inutile non vitiatur*¹²³⁶. Isto implica que a sentença seja cindível em partes dotadas de autonomia e que o vício as não afecte a todas¹²³⁷. A decisão não será reduzida se os árbitros teriam decidido diferentemente se tivessem previsto a amputação da parte viciada, uma vez que a referida amputação subverteu o equilíbrio de interesses que os árbitros quisessem acautelar. Neste caso a decisão deverá ser anulada na íntegra¹²³⁸.

Segundo o Professor MENEZES CORDEIRO¹²³⁹, admitir anulações parciais “vai claramente na linha de um *favor arbitrationis*. A arbitragem pode retomar, nos termos do 46.º/10. Mas se parte da decisão for aproveitável, não é necessário repetir o trabalho já feito. A solução parece adequada”.

¹²³³ POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 789, N. 807; MANUEL ARROYO, “Article 190 PILS”, in *Arbitration in Switzerland – The Practitioner’s Guide*, Manuel Arroyo (Ed.), Kluwer, 2013, pp. 212-213.

¹²³⁴ ATF 116 II 639 consid. 3 *in fine*, p. 642.

¹²³⁵ DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de conflitos colectivos de trabalho”, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. IV, Almedina, 2005, p. 265.

¹²³⁶ DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de conflitos colectivos de trabalho”, cit., p. 265; JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, cit., p. 153.

¹²³⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de conflitos colectivos de trabalho”, cit., p. 265.

¹²³⁸ DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de conflitos colectivos de trabalho”, cit., p. 265.

¹²³⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem ...*, cit., p. 458.

No mesmo sentido se pronuncia CAROLINE VERBRUGGEN¹²⁴⁰, admitindo que: *“Where the award contains decisions falling under the scope of the arbitration agreements and others not falling under said scope, only the latter will be annulled, leading to a partial annulment. This is another expression of the principle of favor arbitrandum and of the subsidiarity of the setting aside proceedings. Decisions of the tribunal that are not affected by the irregularity of the arbitrators will remain intact”*.

2. Exclusão do recurso de mérito da sentença arbitral internacional

Várias legislações estabeleceram em matéria de arbitragem interna e/ou internacional um regime de impugnação de decisões arbitrais que dispensam o recurso do seu mérito. Tal opção vem justificada com argumentos de diversa natureza: a relevância da autonomia privada na arbitragem, a necessidade de conferir e assegurar a celeridade e a eficácia do procedimento arbitral, o favorecimento da arbitragem internacional em relação à arbitragem interna, *etc.*¹²⁴¹.

2.1. Direito positivo

a) Inexistência de uma revisão de mérito das sentenças arbitrais

I. A Lei-Modelo da CNUDCI estabeleceu um regime de impugnação de sentenças arbitrais, em matéria de arbitragem internacional, limitado à sua anulação. Não está previsto o recurso sobre o mérito da sentença arbitral. Nos termos do seu artigo 34.º, n.º 1: “O recurso de uma sentença arbitral interposto num tribunal só pode revestir a forma de um pedido de anulação (...)”.

¹²⁴⁰ CAROLINE VERBRUGGEN, “Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter VII: Article 1717”, cit., p. 471.

¹²⁴¹ LUÍS CARVALHO FERNANDES, “Dos recursos em processo arbitral”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, pp. 139-164; MARTIAL PERNET, “Le dialogue juge-arbitre dans la création et l’application de normes juridiques”, in https://ddd.uab.cat/pub/poncom/2017/176247/Martial_Pernet_Le_dialogue_juge_-_arbitre_dans_la_creation_et_l_application_de_normes_juridiques-2.pdf: “Progressivement, le juge va effectivement se retirer du controle au fond des sentences arbitrales, ce qui donnera naissance à une *favor arbitrandum* démonstratrice d’une confiance manifeste en la justice arbitrale (...)”.

II. Sem proceder a uma distinção entre a arbitragem interna e internacional, a Lei brasileira apenas prevê as causas de nulidade da sentença arbitral. Não determina o legislador brasileiro a possibilidade de recurso de mérito da sentença arbitral.

III. No Direito espanhol, nos termos do artigo 40.º da lei da arbitragem: “*Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título*”. Para MEDINA e MERCHÁN¹²⁴², a exclusão da revisão de fundo da sentença arbitral consagra o carácter autónomo da arbitragem como uma ordem jurisdicional completa.

Uma sentença da *Audiencia Provincial* de Madrid datada de 17 de Novembro de 2005, recordou que “(...) *el recurso de nulidade no permite al órgano judicial revisar de nuevo la totalidad del asunto como se fuera el órgano de primera instancia y analizar la indebida aplicación de las normas jurídicas al caso concreto de hecho sometido a su conocimiento (...)*”¹²⁴³.

Outra sentença da *Audiencia Provincial de Valencia*, datada de 7 de Janeiro de 2010, decidiu que “(...) *al resolver sobre la acción de anulación, no assume el pleno conocimiento de los aspectos fácticos y jurídicos de la controversia resuelta por los árbitros a modo de revisión completa de esa resolución sino que, limitando su cognición al motivo de anulación alegado en la demanda, decidirá si la posible infracción cometida debe llevar aparejada la sanción de la nulidad del laudo*”¹²⁴⁴.

Uma decisão do Tribunal Superior de Justiça de Cantabria, datada de 23 de Setembro de 2013, afirmou que “*la solicitud de anulación de laudo por motivo del orden público, no puede ser una puerta abierta a la impugnación libre alegatoria de vulneración de precepto constitucional fundamental o la substitución de los criterios de los árbitros por el de los jueces*”¹²⁴⁵.

¹²⁴² CHILLÓN MEDINA; MERINO MERCHAN, *Tratado de arbitraje privado e internacional*, cit., pp. 995-996.

¹²⁴³ SAP Madrid [Secc. 9], núm. 632/2004, de 17 noviembre (JUR 2005, 6291); *apud* IGNACIO ESTEBAN MONASTERIO; DAVID GARCÍA BARTOLOMÉ; GILBERTO PÉREZ DEL BLANCO; LAURA VÁSQUEZ GÓMEZ-ESCALONILLA, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 155.

¹²⁴⁴ SAP Valencia [Secc. 9], núm. 1/2010, de 7 de enero (JUR 2010, 115404); *apud* IGNACIO ESTEBAN MONASTERIO; DAVID GARCÍA BARTOLOMÉ; GILBERTO PÉREZ DEL BLANCO; LAURA VÁSQUEZ GÓMEZ-ESCALONILLA, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 155.

¹²⁴⁵ STSJ Cantabria [Sala Civil y Penal], núm. 4/2013, de 23 de setiembre (AC 2013, 1864); *apud* IGNACIO ESTEBAN MONASTERIO; DAVID GARCÍA BARTOLOMÉ; GILBERTO PÉREZ DEL BLANCO; LAURA VÁSQUEZ GÓMEZ-ESCALONILLA, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 260; veja-se também: PILAR PERALES VISCASILLAS, “Sobre a posible retroacción del laudo anulado y la dispar jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia”, in *Spain Arbitration Review*, Club Español del Arbitraje, 2016, N.º 25, p. 128.

O legislador espanhol não prevê a possibilidade de as partes renunciarem à acção de anulação da decisão arbitral. A doutrina maioritária mostra-se desfavorável a esta opção. Para REMÓN PENÁLVER: “*no se justificaría ni por una pretendida mayor eficacia del arbitraje, ni por una supuesta falta de necesidad del control judicial, ni por las desventajas que se atribuyen al doble sistema de control del laudo, bajo la dualidad anulación/exequatur*”¹²⁴⁶.

IV. No Direito alemão, contra a sentença arbitral poderá apenas ser intentada uma acção de anulação, em conformidade com o § 1059, n.º 1 do ZPO, nos termos do qual “*Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside (...)*”. A acção de anulação contra a sentença arbitral não poderá ser excluída pelas partes antes do início do procedimento arbitral¹²⁴⁷. Existe, no entanto, no Direito alemão a possibilidade de excluir a acção anulatória em relação a um determinado motivo de anulação previsto na lei, com excepção dos motivos constantes do n.º 2, 2, do § 1059 relativos à arbitrabilidade do litígio e à contrariedade da sentença à ordem pública¹²⁴⁸.

V. Em França, de acordo com o artigo 1518.º do CPC: “*La sentence rendue en France en matière d’arbitrage international ne peut faire l’objet que d’un recours en annulation*”. Assim, a única via de recurso contra a sentença arbitral é o recurso de anulação¹²⁴⁹. Esta situação permanece no Direito francês da arbitragem desde as anteriores legislações. Ainda o artigo 1522.º do CPC é uma disposição de “*opting out*” que determina a possibilidade de as partes renunciarem a qualquer momento ao recurso

¹²⁴⁶ MANUEL DE LORENZO, “La renuncia anticipada a la impugnación del laudo”, in *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español del Arbitraje*, 2016, Issue 27, p. 102.

¹²⁴⁷ STEFAN KRÖLL; PETER KRAFT, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VII: Recourse against the Award, § 1059 – Application for Setting aside”, cit., p. 387.

¹²⁴⁸ STEFAN KRÖLL; PETER KRAFT, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VII: Recourse against the Award, § 1059 – Application for Setting aside”, cit., p. 387. Ainda segundo os referidos autores: “The provisions contained in some institutional arbitration rules, e.g. Article 28 (6) International Chamber of Commerce (ICC) Arbitration Rules whereby the parties renounce ‘any form of recourse’ are not considered to be suficiente to constitute a waiver of the right to initiate setting aside proceedings. They are considered to intend the exclusion of a review on the merits on the right to appeal on points of law (existing in some legal systems, but not to exclude setting aside proceedings)” (STEFAN KRÖLL; PETER KRAFT, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VII: Recourse against the Award, § 1059 – Application for Setting aside” ..., p. 387).

¹²⁴⁹ EMMANUEL GAILLARD, “Le nouveau droit français de l’arbitrage interne et international”, in *Recueil Dalloz – 20 janvier 2011*, N.º 3, p.187.

de anulação da sentença. As partes podem por convenção especial renunciar expressamente, a qualquer momento, ao recurso de anulação. O legislador francês foi mais longe porque introduziu o artigo 1522.º do CPC que permite às partes, através de uma convenção especial, renunciar à acção de anulação da sentença arbitral. A faculdade de renúncia à anulação está aberta para quaisquer partes a uma arbitragem, pouco importando a sua nacionalidade¹²⁵⁰.

VI. O artigo 190.º da LDIP suíço prevê apenas as causas de anulação da sentença arbitral. A sentença é definitiva a partir do momento em que foi comunicada às partes. Contrariamente a uma decisão judicial, a sentença arbitral, no Direito suíço, é final, no sentido em que não é susceptível de recurso de apelação ou de recurso *tout court*. A regra visa assegurar a celeridade e a eficácia da justiça arbitral¹²⁵¹. O artigo 192.º da mesma lei determina a possibilidade para as partes não domiciliadas na Suíça de, através de uma declaração expressa, renunciarem a qualquer recurso de anulação contra a sentença arbitral. Nos termos do seu n.º 1: “*Si les deux parties n’ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d’arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral; elles peuvent aussi n’exclure le recours que pour l’un ou l’autre des motifs énumérés à l’article 190, alinéa 2*”. Por conseguinte, as partes estrangeiras numa arbitragem na Suíça podem renunciar à acção de anulação da sentença arbitral.

b) Afirmação de um sistema de “*opting in*”

VII. O legislador angolano determinou no artigo 44.º da LAV, tratando-se da arbitragem internacional, que a decisão do tribunal arbitral não é recorrível, salvo se as partes tiverem acordado a possibilidade de recurso e regulado os seus termos. Esta norma vai no sentido da tendência internacional que erige em regra geral a não

¹²⁵⁰ PHILIPPE PINSOLLE, “La renonciation au recours en annulation en matière d’arbitrage international”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDG, Lextenso Éditions, 2015, pp. 697-699: “C’est l’Argentine qui a fait office de précurseur en prévoyant dans sa loi sur l’arbitrage de 1981 que les recours contre la sentence (appel ou recours en annulation) peuvent être exercés sauf si les parties y ont renoncé (...) Le texte argentin réserve toutefois certains chefs de recours auxquels il n’est pas possible de renoncer, tels qu’un vice de procédure grave ou le non-respect du délai d’arbitrage. La faculté de renonciation ouverte par la loi argentine n’est donc que partielle”.

¹²⁵¹ G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 447, N. 695.

recorribilidade da decisão arbitral. O exercício da autonomia da vontade deve conduzir as partes à aceitação do resultado da arbitragem.

VIII. Em Portugal, a LAVP dispõe no seu artigo 53.º que, tratando-se de arbitragem internacional, a sentença do tribunal arbitral é irrecorrível, a menos que as partes tenham expressamente acordado a possibilidade de recurso para outro tribunal e regulado os seus termos. A regra é meramente supletiva. Diz o Professor MENEZES CORDEIRO¹²⁵² que as partes podem não só prever a recorribilidade das decisões finais no todo ou em parte, como também admitir ou não recursos quanto à matéria de facto, ou deixar de fora certas áreas que prefiram considerar adquiridas. Em matéria de arbitragem interna, continua a vigorar uma solução dualista (recurso de mérito e acção de anulação), tendo-se adoptado um sistema de *opting in*. A regra é da inexistência do recurso, salvo vontade expressa das partes em contrário¹²⁵³.

Assim, decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa¹²⁵⁴, por acórdão datado de 13 de Julho de 2017 que “I. Nas acções de anulação da decisão arbitral não está em causa um controle directo do ‘mérito’ ou de ‘sentido’ da decisão, mas um controle da sua validade em função do (in)cumprimento de regras (procedimentais e de princípios) tidas por fundamentais na nossa ordem jurídica. II. O fundamento de pedido de anulação previsto no artigo 46.º, n.º 3, alínea b), subalínea ii), da LAVP, relativo à ofensa dos princípios da ordem pública internacional do Estado português pode ser oficiosamente conhecido pelo tribunal estadual, não carecendo a parte de o invocar e demonstrar (...)”.

O mesmo Tribunal da Relação afirmou em acórdão de 25 de Janeiro de 2018¹²⁵⁵ que “No regime vigente, e perante uma sentença arbitral definitiva, o único meio de impugnação previsto é a acção da sua anulação perante os Tribunais, com base num elenco taxativo de fundamentos. É o ‘favor arbitrandum’. Em sede de execução os

¹²⁵² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 523.

¹²⁵³ ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, 2013, p. 718.

¹²⁵⁴ Ac. de 13-07-2017, Proc. n.º 1358/16.5YRLSB-7.

¹²⁵⁵ Proc. n.º 776/17.6YRLSB-6; disponível em www.dgsi.pt.

fundamentos da anulação podem, em regra, fundamentar a oposição à execução, nos termos do artigo 48.º da citada Lei n.º 63/2011”¹²⁵⁶.

IX. O legislador belga não distingue o regime das arbitragens internas do regime das internacionais¹²⁵⁷. Nos termos do artigo 1716.º do CJB: “*Il ne peut être interjeté appel contre une sentence arbitrale que si les parties ont prévu cette possibilité dans la convention d’arbitrage (...)*”. Apenas se pode recorrer em anulação da decisão arbitral. Segundo o Professor GUY KEUTGEN¹²⁵⁸: “*Ceci (l’appel) va à l’encontre d’un des objectifs de l’arbitrage qui est la célérité de la procédure*”.

Essa preocupação de celeridade e eficácia do processo arbitral levou o legislador belga a formular no artigo 1717.º, § 6 do Código Judiciário, a regra segundo a qual o tribunal de primeira instância pode, a pedido de uma das partes, suspender o procedimento de anulação durante um certo período para dar ao tribunal arbitral a possibilidade de sanar os eventuais motivos de anulação da sentença arbitral.

O artigo 1718.º do Código Judiciário vai mais além, ao permitir expressamente às partes excluírem o recurso de anulação da decisão arbitral. Para o Professor OLIVIER CAPRASSE¹²⁵⁹, a matéria do recurso contra as sentenças arbitrais está no Direito belga da arbitragem penetrada pelo *favor arbitrandum*. À semelhança do legislador francês, mas com menos abertura, o legislador belga introduziu no artigo 1718.º do Código Judiciário, resultante da lei de 24 de Junho de 2013, a faculdade de as partes estrangeiras renunciarem a qualquer acção de anulação da sentença arbitral, através de uma declaração expressa. Nos termos do referido artigo: “*Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d’arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d’une sentence arbitrale lorsqu’aucune d’elles n’est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou son domicile ou sa résidence habituelle en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique, son siège statutaire, son principal établissement ou une succursale*”.

¹²⁵⁶ Veja-se também: RUTE ALVES; IÑAKI CARRERA, “(Des)ordem pública internacional – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02 de Junho de 2016”, in *Revista PLMJ Arbitragem*, N.º 1, 2017, p. 63.

¹²⁵⁷ OLIVIER CAPRASSE, “Le nouveau droit belge de l’arbitrage”, in *Revue de l’arbitrage*, 2013, N.º 4, p. 957.

¹²⁵⁸ GUY KEUTGEN, “La réforme 2013 du droit belge de l’arbitrage”, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 2014, N.º 1, p. 101.

¹²⁵⁹ OLIVIER CAPRASSE, “Le nouveau droit belge de l’arbitrage”, cit., p. 975.

c) Afirmção de um sistema de “*opting out*”

X. O legislador inglês previu os recursos (*challenges*) contra as decisões sobre competência “*substantive jurisdiction*” (artigo 67.º) e por sérias irregularidades processuais “*serious irregularity*” (artigo 68.º). A apelação “*appeal*” está prevista em questões de Direito “*appeal on point of law*” (artigo 69.º). Tal recurso de apelação pode ser, e é em regra, excluído pelas partes nos contratos internacionais¹²⁶⁰. O direito de apelar sobre questões de Direito está sujeito à autorização dada pelo tribunal. Tal autorização é apenas concedida nos termos do artigo 69.º quando a decisão arbitral comporta erros e quando se trate de questões de Direito de interesse público (*general public importance*)¹²⁶¹.

d) A doutrina do “*Manifest disregard of law*”

XI. Nos Estados Unidos da América, os tribunais defenderam sempre a irrecorribilidade das sentenças arbitrais. Assim, no caso *Diapulse Corp. of Am. v. Carba, Ltd* (2d Cir. 1980)¹²⁶², afirmou-se que “*The purpose of arbitration is to permit a relatively quick and inexpensive resolution of contractual disputes by avoiding the expense and delay of extended court proceedings. Accordingly, it is a well-settled proposition that the judicial review of an arbitration award should be, and it is, very narrowly limited*”¹²⁶³.

As sentenças arbitrais podem ser excepcionalmente objecto de recurso de mérito quando os árbitros desrespeitaram de forma grosseira ou manifesta as regras do

¹²⁶⁰ POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., pp. 802- 806.

¹²⁶¹ SAROSH ZAIWALA; PAVANI REDDY; KARTIK MITTAL, “England and Wales”, in ASHWINIE KUMAR BANSAL, *International Commercial Arbitration*, Universal Law Publishing Co., 2012, p. 294: “The right to appeal on questions of law is subject to the permission given by the court. The court will not give permission to appeal under section 69 unless it is satisfied that the question of law raised by the Award is of general public importance. The way the system has been working for appeals in England is for the English Commercial Court Judge to determine whether or not to give permission. The Judge would only give permission if he comes to the conclusion that the Award is obviously wrong or, in the case of a question of law of general public importance, the Award is at least open to serious doubt”.

¹²⁶² 626 F. 2d 1108 (2d Cir. 1980).

¹²⁶³ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 1164-1165.

Direito¹²⁶⁴. Não existe base no *FAA* para essa doutrina, mas é usada pelos tribunais para a revisão de sentenças arbitrais¹²⁶⁵.

Não se trata-se de um simples erro ou má compreensão da lei. O termo “*disregard*” implica que o árbitro tenha determinado quais os princípios jurídicos aplicáveis, e que, apesar da sua identificação, os tenha ignorado ou afastado¹²⁶⁶. O Tribunal de Apelação do 2.º circuito afirmou claramente, no caso *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Bobker* (1986)¹²⁶⁷, que “(...) *the term ‘disregard’ implies that the arbitrator appreciates the existence of a clearly governing legal principle but decide to ignore it or pay no attention to it*”. O termo “*manifest*” implica que a sentença não contenha nenhum fundamento racional. Se existir um fundamento à sentença, a mesma deve ser executada, ainda que o árbitro haja mal interpretado a lei ou os factos.

2.2. Síntese comparativa e conclusiva

Embora tendo como consequência prática a redução de vias de impugnação contra a sentença arbitral, o que importa aos legisladores nacionais é a finalidade que se visa alcançar, ou seja, conferir maior eficácia ao procedimento arbitral. A exclusão dos “recursos” ou da apelação contra a decisão arbitral traduz uma aplicação do princípio do *favor arbitrandum* em matéria de sentenças arbitrais.

No mesmo sentido, MANUEL BARROCAS¹²⁶⁸ considera tratar-se de um regime de favorecimento da arbitragem internacional em relação à arbitragem interna, considerando-o como uma manifestação do *favor arbitrandum*. No dizer deste autor¹²⁶⁹, “Na legislação nacional de alguns Estados, a arbitragem internacional é favorecida, dentro de certas condições, relativamente à arbitragem interna. É o caso da lei portuguesa que, no artigo 53.º LAV não admite recurso da sentença do tribunal

¹²⁶⁴ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 1165; veja-se também a jurisprudência dos casos *Al Haddad Commodities Corp. v. Toepfer International Asia Pte., Ltd* (2007); *American Central Eastern Texas Gas Company and American Central Gas Companies inc., c. Union Pacific resources Group Inc. et Al. Duke Energy Fuels LLC et Duke Energy Field Services Inc., Cour d’Appel du 5e Circuit, 27 janvier 2004* in: BERTRAND DERAIS; ERIC ORDWAY, “Panorama de Jurisprudência”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Vol. IV, Editions A. Pedone, 2008, pp. 673-675.

¹²⁶⁵ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 1165.

¹²⁶⁶ ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes – International and English Law and Practice ...*, p. 391.

¹²⁶⁷ 808 F. 2d 930 (2nd Cir. 1986), p. 933.

¹²⁶⁸ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 563.

¹²⁶⁹ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 563.

arbitral, salvo se as partes tiverem acordado a possibilidade de recurso e regulado os seus termos”. É também o entendimento de ALVES e CARRERA¹²⁷⁰ que consideram que a *ratio* do controlo excepcional das sentenças arbitrais radica no *favor arbitrandum*.

3. Presunção *juris tantum* de validade da sentença arbitral estrangeira a ser reconhecida ao abrigo da Convenção de Nova Iorque (*Pro-enforcement bias*)¹²⁷¹

O sistema de reconhecimento instituído pela Convenção de Nova Iorque é formal. Não se admite, em regra, que o Estado de reconhecimento controle o Direito que foi aplicado pelo tribunal arbitral ao mérito da causa¹²⁷².

A Convenção de Nova Iorque estabelece verdadeiramente uma presunção *juris tantum* de validade da sentença arbitral¹²⁷³ a ser reconhecida, reflectida nos seus artigos III, IV e V. De acordo com o artigo III, “*Cada um dos Estados Contratantes reconhecerá a autoridade de uma sentença arbitral (...)*” e concederá a execução da mesma nos termos das regras de processo adoptadas no território em que a sentença for invocada¹²⁷⁴. O artigo IV prescreve modalidades simples para a prova das sentenças. Basta apresentar o original devidamente autenticado da sentença ou uma cópia do

¹²⁷⁰ RUTE ALVES; IÑAKI CARRERA, “(Des)ordem pública internacional – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02 de Junho de 2016”, cit., p. 63.

¹²⁷¹ FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, 2011, p. 827; MANUAL BARROCAS, *Manual da Arbitragem*, cit., p. 562.

¹²⁷² LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional ...*, cit., pp. 311-312: “Decorre do anteriormente exposto que, por minha parte, admito um controlo limitado ao respeito da escolha feita pelas partes e, na falta de escolha, à observância das normas sobre a determinação do Direito aplicável contidas na lei do lugar da arbitragem. Mesmo que se siga este entendimento, não se trata de um controlo de mérito feito perante o Direito do Estado de reconhecimento, uma vez que não se atende ao Direito de Conflitos do Estado de reconhecimento, mas apenas à convenção das partes e às normas sobre a determinação do Direito aplicável do Estado de origem”.

¹²⁷³ Sobre as sentenças passíveis de reconhecimento, veja-se: ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, cit., p. 29: “(...) são ‘sentenças arbitrais’ passíveis de reconhecimento ao abrigo da Convenção de Nova Iorque e dos arts. 55.º a 58.º, as seguintes:

- a) sentenças finais sobre o fundo da causa;
- b) sentenças que decidem, de modo definitivo, parte do mérito da causa;
- c) sentenças que repartem os custos da arbitragem ou determinam que uma parte reembolse os custos suportados pela outra;
- d) sentenças mediante as quais os árbitros homologam transações pelas quais as partes põem termo aos respectivos litígios”.

¹²⁷⁴ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Vol. I, Wolters Kluwer, 2014, p. 110.

mesmo, verificadas as condições exigidas para a sua autenticação; e o original da convenção de arbitragem ou uma cópia da mesma¹²⁷⁵.

O artigo V, 1) prevê que o reconhecimento e a execução da sentença podem (“*recognition and enforcement of the award may be refused ... only if*”) ser recusados se se verificaram os motivos aí elencados¹²⁷⁶. A prova dos factos impeditivos do reconhecimento deve ser produzida pela parte contra quem a sentença é invocada¹²⁷⁷. Por outras palavras, a sentença é susceptível de reconhecimento até que a parte interessada no seu não reconhecimento alegue e prove os motivos previstos no artigo V da CNI. A adesão à CNI opera em muitos ordenamentos jurídicos uma inversão do ónus da prova¹²⁷⁸. Esta inversão do ónus da prova estabelece a presunção de validade da sentença a ser reconhecida ao abrigo da CNI.

3.1. O artigo V da CNI

Nos termos do artigo V da CNI: “1. O reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova:

a) Da incapacidade das Partes outorgantes da convenção referida no artigo II, nos termos da lei que lhes é aplicável, ou da invalidade da referida convenção ao abrigo da lei a que as Partes a sujeitaram ou, no caso de omissão quanto à lei aplicável, ao abrigo da lei do país em que for proferida a sentença; ou

b) De que a Parte contra a qual a sentença é invocada não foi devidamente informada quer da designação do árbitro quer do processo de arbitragem, ou de que lhe foi impossível, por outro motivo, deduzir a sua contestação; ou

c) De que a sentença diz respeito a um litígio que não foi objecto nem da convenção escrita nem da cláusula compromissória, ou que contém decisões que extravasam os termos da convenção escrita ou da cláusula compromissória; no entanto,

¹²⁷⁵ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 110.

¹²⁷⁶ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 110.

¹²⁷⁷ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 563.

¹²⁷⁸ JOÃO BOSCO LEE, “A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito brasileiro de Arbitragem”, in *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam*, Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins (Coord.), Editora Atlas, São Paulo, 2007, p. 175.

se o conteúdo da sentença referente a questões submetidas à arbitragem puder ser destacado do referente a questões não submetidas à arbitragem, o primeiro poderá ser reconhecido e executado; ou

d) De que a constituição do tribunal arbitral ou o processo de arbitragem não estava em conformidade com a convenção das Partes ou, na falta de tal convenção, de que não estava em conformidade com a lei do país onde teve lugar a arbitragem; ou

e) De que a sentença ainda não se tornou obrigatória para as Partes, foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país em que, ou segundo a lei do qual, a sentença foi proferida.

2. Poderão igualmente ser recusados o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral se a autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução foram pedidos constatar:

a) Que, de acordo com a lei desse país, o objecto do litígio não é susceptível de ser resolvido por via arbitral; ou que

b) Que o reconhecimento ou a execução da sentença são contrários à ordem pública desse país”.

A CNI distingue as causas de oposição ao reconhecimento e execução (artigo V, n.º 1) das causas de recusa do reconhecimento e execução (artigo V, n.º 2). Tais causas são exaustivas, de interpretação estrita, e não permitem, senão por violação da ordem pública ou para analisar a questão da arbitrabilidade do litígio, rever o mérito da causa. Compete à parte que se opõe ao reconhecimento ou à execução da sentença arbitral fazer a prova de qualquer uma das causas previstas no artigo V, n.º 1. Os fundamentos previstos no número 2 são de conhecimento oficioso do tribunal, para além de poderem obviamente ser invocados pelo requerido¹²⁷⁹.

¹²⁷⁹ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 563.

3.2. O artigo 36.º, n.º 1 da Lei-Modelo da CNUDCI¹²⁸⁰

Nos termos do artigo 36.º, n.º 1 da Lei-Modelo da CNUDCI: “1. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral, independentemente do país em que tenha sido proferida, só pode ser recusado:

(a) A pedido da parte contra a qual foi invocado, se esta parte fornecer ao tribunal competente ao qual foi pedido o reconhecimento ou a execução, prova de que:

i) Uma das partes no acordo de arbitragem referido no artigo 7 estava ferida de uma incapacidade; ou que o dito acordo não é válido nos termos da lei a que as partes o tenham subordinado ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou

ii) A parte, contra a qual a sentença é invocada, não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do processo arbitral, ou que lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão; ou

iii) A sentença tem por objecto um litígio não referido ou não abrangido pelo acordo de arbitragem ou que contém decisões sobre matérias que ultrapassam o âmbito desse acordo, a menos que a parte da sentença que contém decisões sobre matérias não submetidas à arbitragem possam ser tratadas de forma separada das que o não foram; ou

iv) A constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não estão conformes ao acordo das partes ou, na falta de tal acordo, à lei do país onde a arbitragem teve lugar; ou

v) A sentença se não tenha formado ainda obrigatória para as partes ou tenha sido anulada ou suspensa por um tribunal do país no qual, ou em virtude da lei do qual, a sentença tenha sido proferida; ou

(b) O Tribunal constatar:

i) Que o objecto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei do presente Estado; ou

ii) Que o reconhecimento ou a execução da sentença contrariam a ordem pública do presente Estado.

(...)”¹²⁸¹.

¹²⁸⁰ Veja-se: PETER BINDER, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, cit. pp. 491 e ss..

¹²⁸¹ Disponível em: www.dgpj.mj.pt

3.3. Direitos nacionais

Quanto aos Direitos nacionais, podemos proceder a seguinte classificação:

a) Legislações que não fazem referência expressa ao disposto no artigo V da CNI

I. A LAV não se refere directamente à matéria do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. No entanto, com a ratificação da CNI, deve-se considerar consagrada no Direito angolano a presunção de validade e eficácia das sentenças arbitrais estrangeiras a serem reconhecidas em Angola.

b) Legislações que impõem a contrariedade à ordem pública internacional como único limite ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras

II. No Direito francês, o artigo 1520.º do CPC elenca os motivos de anulação da sentença arbitral e, em relação ao seu reconhecimento, apenas prevê a contrariedade à ordem pública internacional como limite ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira. Na mesma ordem de ideias, existe uma presunção de validade da sentença arbitral estrangeira na ordem jurídica francesa.

c) Legislações que incorporaram o disposto no artigo V da CNI

i) Por mera reprodução do texto da CNI

III. No Direito português, o artigo 56.º da LAVP elenca, de forma exaustiva, os fundamentos de recusa do reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, tendo sido harmonizado com os textos da Convenção de Nova Iorque (art. V) e da Lei-Modelo (art. 36, n.º 1) acima referidos¹²⁸².

¹²⁸² Veja-se: CLÉMENT FOUCARD; FILIPE VAZ PINTO, “La nouvelle loi portugaise sur l’arbitrage”, cit., p. 390: “La Loi reproduit de manière fidèle le regime de la Convention de New York (...)”.

IV. O legislador brasileiro, muito antes de ratificar a CNI, já havia reproduzido na sua lei da arbitragem as disposições da CNI relativas ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Trata-se, conforme refere o Professor ALBERTO CAMONA¹²⁸³, de um drible do legislador brasileiro face à tramitação ministerial a que estavam sujeitas a ratificação e a promulgação da CNI. A CNI veio a ser promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 4.311, de 23 de Julho de 2002. Por conseguinte, deve-se considerar existente no Direito brasileiro tal presunção de validade e eficácia da sentença arbitral estrangeira.

V. No Direito belga, o artigo 1721.º do Código Judiciário adoptou os termos dos artigos V da CNI e 36.º, n.º 1 da Lei-Modelo¹²⁸⁴. Contrariamente à LAVP, o legislador belga não recorreu à ordem pública internacional, limitando-se a reproduzir, sem mais, o regime da CNI e da Lei-Modelo¹²⁸⁵.

VI. O legislador inglês transcreveu o regime do artigo V da CNI no artigo 103.º do *Arbitration Act*, de modo que, neste ponto, valem as observações feitas em relação aos Direitos português, brasileiro e belga.

ii) Por remissão ao texto da CNI

VII. A lei espanhola de arbitragem remete a questão do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras para a CNI (art. 46.º, n.º 2)¹²⁸⁶. Assim, valem no Direito espanhol, as considerações feitas *supra* sobre a matéria em causa. Uma decisão do Tribunal Superior da Cataluña afirmou que “*La homologación que establece el (...)*

¹²⁸³ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo ...*, cit., p. 464.

¹²⁸⁴ CAROLINE VERBRUGGEN, “Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter VII: Article 1721”, cit., pp. 513 e ss.

¹²⁸⁵ CAROLINE VERBRUGGEN, “Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter VII: Article 1721”, cit., p. 516: “As a result of the a new BLA, it must be observed, however, that the regime of the New York Convention has been to some extent incorporated under the Belgian law (Article 1721, § 1 BJC)”; e ainda “the legislator has chosen to adopt the structure of Article 36 of the UNCITRAL Model Law, which is itself based on Article V of the New York Convention. The list of grounds to refuse recognition and enforcement is exhaustive”.

¹²⁸⁶ “2. El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convénios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros”.

*Convenio de Nueva York de 1958 parte de una presunción de eficacia y validez de la cláusula arbitral y de la ejecutoriedad de la resolución arbitral*¹²⁸⁷.

VIII. No Direito alemão, o § 1061, n.º 1 do ZPO¹²⁸⁸ determina que o reconhecimento e a execução são regulados pela CNI, sem prejuízo das demais convenções internacionais relativas ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais. Uma sentença estrangeira é, no Direito alemão, uma sentença proferida fora do território da Alemanha. É o caso quando as arbitragens não decorreram na Alemanha. Neste caso, não é relevante o facto de ter sido aplicada a lei substantiva ou processual alemã. Apenas conta o lugar onde a sentença foi proferida¹²⁸⁹.

O Tribunal Regional Superior de Karlsruhe decidiu por decisão datada de 27 de Março de 2006¹²⁹⁰ que o artigo V da Convenção de Nova Iorque não se opõe, nem na sua qualidade de norma de Direito Internacional Público, nem pelo facto da sua incorporação no Direito alemão a que a admissão de motivos visando o não reconhecimento de sentenças estrangeiras seja condicionada à sua prévia alegação no âmbito de um procedimento de anulação no país de origem¹²⁹¹. No caso concreto, um devedor de nacionalidade alemã que havia sido condenado por sentença arbitral estrangeira pretendia, para impedir o reconhecimento da referida sentença arbitral na Alemanha, apresentar ao Tribunal Regional Superior motivos que deixou de alegar no âmbito de um recurso de anulação que deveria ter sido intentado no país de origem¹²⁹².

¹²⁸⁷ ATSJ Cataluña [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 46/2013, de 25 marzo (RJ 2013, 5392); *apud* IGNACIO ESTEBAN MONASTERIO; DAVID GARCÍA BARTOLOMÉ; GILBERTO PÉREZ DEL BLANCO; LAURA VÁSQUEZ GÓMEZ-ESCALONILLA, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 355.

¹²⁸⁸ § 1061 ZPO (Foreign Awards): “(1) Recognition and enforcement of foreign arbitral awards shall be granted in accordance with the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 (*Bundesgesetzblatt – ‘BGBL’* 1961, Part II, p. 121). The provisions of other treaties on the recognition and enforcement of arbitral awards shall remain unaffected”.

¹²⁸⁹ STEFAN KRÖLL, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VIII: Recognition and Enforcement of Awards, § 1061 – Foreign Awards”, in Patricia Nacimiento; Stefan Michael Kroll *et al.* (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, pp. 449-450.

¹²⁹⁰ In *Les cahiers de l'arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Vol. IV, Editions A. Pedone, 2008, p. 710.

¹²⁹¹ VALÉRY DENOIX DE SAINT-MARC, “Panorama de Jurisprudence allemande”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Vol. IV, Alexis Mourre (Dir.), Editions A. Pedone, 2008, p. 710.

¹²⁹² VALÉRY DENOIX DE SAINT-MARC, “Panorama de Jurisprudence allemande”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Vol. IV, cit., p. 710.

IX. No Direito suíço, de acordo com o artigo 194.º da LDIP, o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras são regulados pela Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958. Assim sendo, vale no Direito suíço a presunção de validade e eficácia da sentença arbitral estrangeira. É consabido o bom desempenho do Tribunal Federal suíço, bem como a sua jurisprudência liberal em matéria da arbitragem comercial internacional.

X. O § 207 do FAA determina a obrigação constante do artigo III da CNI de reconhecer as sentenças arbitrais e das excepções constantes do artigo V da CNI por referência. Como refere G. BORN¹²⁹³, “*‘The court shall confirm the award unless it finds one of the grounds for refusal or deferral of recognition or enforcement of the award specified in the said Convention’. Thus, where an award made outside the United States is covered by the Convention, U.S. courts have generally concluded that they must recognize the award, subject only to Article V’s exceptions; other grounds for resisting awards, whether under par. 10 of the FAA or at the common law, may not be relied upon*”.

3.4. Síntese comparativa e conclusiva

A Convenção de Nova Iorque estabelece uma presunção *juris tantum* de validade e eficácia da sentença arbitral estrangeira que se pretenda reconhecer num país terceiro contratante¹²⁹⁴. Os Direitos analisados, ou se referem expressamente às disposições da CNI, ou remetem para elas em matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Tal presunção de validade e eficácia constitui também “uma aplicação à arbitragem internacional do princípio *in favorem validitatis*. Assim, nos termos da Convenção, a prova dos factos impeditivos do reconhecimento previstos no número 1 carecem de ser alegados e provados pela parte contra quem é requerido o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira”¹²⁹⁵.

Contrariamente aos factos enumerados no número 1 do artigo V da CNI, os fundamentos de não reconhecimento previstos no número 2 (inarbitrabilidade do litígio

¹²⁹³ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 1190-1191.

¹²⁹⁴ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 562.

¹²⁹⁵ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 562.

e contrariedade à ordem pública) são de conhecimento oficioso, podendo obviamente ser invocados pela parte requerida¹²⁹⁶.

Conforme observamos *supra*, esta presunção de validade e eficácia foi literalmente transcrita nalguns ordenamentos jurídicos, v.g. em Portugal¹²⁹⁷ e na Bélgica, sem referência à CNI. Trata-se, a nosso ver, de uma manifestação legal a favor da sentença arbitral. Dito de outro modo, trata-se de uma aplicação do princípio do *favor arbitrandum* à sentença arbitral estrangeira.

¹²⁹⁶ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 563.

¹²⁹⁷ Art. 56.º da LAVP; art.1721.º CJB

Secção II

Manifestações relativas ao reconhecimento da sentença arbitral

O caso *Alabama Claims* é referido pela doutrina como sendo o precedente fundacional do sistema de reconhecimento global de sentenças arbitrais internacionais¹²⁹⁸. Tratou-se de uma arbitragem realizada ao abrigo do Tratado de Washington, de 1871, celebrado entre os Estados Unidos e o Reino Unido, para resolver o litígio consubstanciado num pedido de indemnização formulado pelos cidadãos americanos contra o Reino Unido pelo facto de este ter vendido navios de guerra aos Estados Confederados que causaram danos à marinha mercante federal durante a Guerra Civil americana¹²⁹⁹. A Comissão Arbitral fixou uma indemnização de 15,5 milhões de dólares norte-americanos, que foi prontamente paga pelo Reino Unido em 1872¹³⁰⁰.

Hoje, o sistema de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais internacionais é, em grande medida, sustentado pela Convenção de Nova Iorque de 1958. O tratamento favorável em matéria de reconhecimento da sentença arbitral pode ser aferido através do carácter restrito da reserva da ordem pública como fundamento de recusa do reconhecimento (1), a exclusão da revisão de mérito da sentença arbitral a ser reconhecida ao abrigo da CNI (2) e o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas no país da sede (3).

¹²⁹⁸ JOÃO LUÍS MOTA DE CAMPOS; CARLOS ALMEIDA, “O reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais no quadro da Convenção de Nova Iorque de 1958: alguns desenvolvimentos comparados”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em homenagem a Mário Raposo*, António Pereira de Miranda; Miguel Cancellia de Abreu; Paula Costa e Silva; Rui Pena; Sofia Martins (Org.), Universidade Católica Editora, 2015, p. 70.

¹²⁹⁹ JOÃO LUÍS MOTA DE CAMPOS; CARLOS ALMEIDA, “O reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais no quadro da Convenção de Nova Iorque de 1958: alguns desenvolvimentos comparados”, cit., p. 70.

¹³⁰⁰ JOÃO LUÍS MOTA DE CAMPOS; CARLOS ALMEIDA, “O reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais no quadro da Convenção de Nova Iorque de 1958: alguns desenvolvimentos comparados”, cit., p. 70.

1. Carácter restrito da reserva de ordem pública como fundamento de recusa do reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras

1.1. Conceito de “ordem pública”

O conceito de “ordem pública” surge pela primeira vez no artigo 6.º do Código Civil francês de 1804 (Código de Napoleão)¹³⁰¹. Nos seus termos: “*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs*”¹³⁰².

De acordo com o Professor BODEN¹³⁰³, a expressão “ordem pública” refere-se principalmente a três noções: (i) o domínio do controlo administrativo em geral no sentido da limitação das liberdades individuais através de actos unilaterais materiais ou jurídicos com vista à preservação ou ao restabelecimento da segurança, tranquilidade, salubridade ou moralidade públicas, (ii) o limite à tolerância de determinada ordem jurídica em relação às normas de uma outra ordem jurídica, e (iii) a licitude dos actos jurídicos. Não nos interessa a primeira acepção da noção de ordem pública referida *supra*.

A ordem pública interna traduz princípios injuntivos do ordenamento que não podem ser validamente afastados pelos negócios particulares¹³⁰⁴. No dizer do Professor

¹³⁰¹ PETER SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, I, cit., p. 278, N. 284.

¹³⁰² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Decisões arbitrais internacionais e sua revisão”, in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2011, p. 268; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Da ordem pública no processo arbitral”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra Editora, 2013, p. 596.

¹³⁰³ DIDIER BODEN, *L’ordre public: limite et condition de la tolérance – Recherches sur le pluralisme juridique*, Volume premier, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2002, pp. 66-67.

¹³⁰⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A ordem pública nas arbitragens: as últimas tendências”, in *VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2014, p. 91; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Da ordem pública no processo arbitral”, cit., pp. 589-673; JOÃO ILHÃO MOREIRA, “O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no fórum de execução por violação da ordem pública”, in *O Direito*, Ano 147, I, Almedina, 2015, pp. 187-204; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A ordem pública no Direito dos contratos”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano IV, Coimbra Editora, 2007, pp. 290-292: “O apelo à ordem pública não requer a mediação de uma norma jurídica que regule especificamente determinada situação (...). Esta é susceptível de actuar (mesmo) para além de disposições legais específicas: especialmente nesse ponto dá prova da sua independência. A ordem pública representa entre nós como que uma *cláusula de salvaguarda* de que dispõe o sistema jurídico para assegurar o respeito dos seus pilares fundamentais (...). Em vão se poderia todavia pretender fixar analiticamente o conteúdo do conceito de ordem pública. Em rigor, ela não é nenhum valor ou princípio entre vários outros (e discriminável destes). Apresenta-se antes como ‘lugar geométrico’ de um conjunto de princípios ou valores a assegurar e proteger. Neste aspecto, pode dizer-se também que a ordem pública não apela primariamente a nenhum padrão de comportamento ou a qualquer directriz ou modelo do agir (...). Aliás, a compreensão da noção de ordem pública variará com

BAPTISTA MACHADO¹³⁰⁵, a ordem pública interna é constituída por “normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do sistema, sobre eles se alicerçando a ordem económico-social”¹³⁰⁶. Aos princípios injuntivos, a doutrina refere-se também a valores essenciais do ordenamento para os quais a ordem pública também remete.

A ordem pública surge nos Direitos angolano e português do n.º 1 do artigo 280.º do Código Civil¹³⁰⁷. Observa-se que a assimilação da ordem pública interna à imperatividade das regras legais é contraditada pela própria lei¹³⁰⁸. O artigo 281.º do Código Civil, por exemplo, distingue a contrariedade do fim do negócio à lei e à ordem pública. Assim, pode-se entender que a contrariedade à lei pode não envolver qualquer ofensa à ordem pública¹³⁰⁹. Outros preceitos, como o artigo 81.º, n.º 1, do Código Civil,

o tempo”. No Direito espanhol, veja-se: IGNACIO ESTEBAN MONASTERIO; DAVID GARCÍA BARTOLOMÉ; GILBERTO PÉREZ DEL BLANCO; LAURA VÁSQUEZ GÓMEZ-ESCALONILLA, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 253; ISMAIL SÉLIM, *L'ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 413, N. 606.

¹³⁰⁵ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª Edição (reimpressão), Almedina, 2002, p. 253; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Da ordem pública no processo arbitral”, cit., p. 597; A. FERRER CORREIA, “Da arbitragem comercial internacional”, in *Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 196.

¹³⁰⁶ Sobre a diferença entre os princípios de ordem pública e as regras de ordem pública, veja-se: ANDREAS BUCHER; ANDREA BONOMI, *Droit international privé*, 2e édition, Helbing & Lichtenhahn, 2004, pp. 126-127. Como princípios de ordem pública, referem-se ao interesse da criança, à protecção da personalidade (o seu núcleo duro), à protecção da propriedade que se opõe a expropriações, confiscamentos ou nacionalizações sem indemnizações equitativas. Quanto às regras de ordem pública, citam-se: a proibição da bigamia, a protecção do domicílio familiar, etc.

¹³⁰⁷ “É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável.
(...)”.

¹³⁰⁸ DÁRIO MOURA VICENTE, “Impugnação da sentença arbitral e ordem pública”, cit., p. 145; A mesma observação é feita pelos Professores Oliveira Ascensão, Manuel Carneiro da Frada e Jorge Morais Carvalho. Veja-se: ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Da ordem pública no processo arbitral”, cit., p. 599; CARLOS GONZÁLEZ-BUENO, “Spanish Arbitration Act, Article 41 (Grounds)”, in Carlos González-Bueno, *The Spanish Arbitration Act: A Commentary*, Dykinson, S.L, 2016, p. 257: “Following XIOL in this point, the following complementary categories may be followed:

1. Imperative provisions;
2. Fundamental rights and public freedom of constitutional right;
3. Fundamental procedural principles;
4. The principles which most essentially define our model of State, society and economy;
5. Cardinal rules of ethics and equality;
6. Basic protection of general interest;
7. Protection of minorities and the most marginalised groups”;

MAURO RUBINO-SAMMARTANO, “El arbitraje y el orden público”, in *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Kluwer Law International, IproLex, 2016, Vol. 9, Issue 2, pp. 459-463; ANDRÉ CHATEAUBRIAND MARTINS, “Os diferentes níveis de ordem pública sob uma perspectiva da jurisprudência brasileira em arbitragens doméstica e internacional”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2013, Vol. X, Issue 37, pp. 50-67; ALEXANDRE BUONO SCHULTZ, “A ordem pública na Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. X, Issue 38, pp. 65-95.

¹³⁰⁹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A ordem pública no Direito dos contratos”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano IV, Coimbra Editora, 2007, p. 291.

referem-se aos “princípios da ordem pública”. Esta não compreende, assim, necessariamente todas as normas legais imperativas. O universo das normas imperativas integra as normas de “ordem pública interna” que apresentam um âmbito mais estreito. Refere o Professor CARNEIRO DA FRADA¹³¹⁰ que “A ordem pública não se pode identificar (...) com as normas legais imperativas”. Por seu turno, a “ordem pública internacional” é entendida de modo mais restritivo ainda do que a “ordem pública interna”¹³¹¹.

1.2. A “ordem pública” no artigo V, n.º 2, b) da CNI

1.2.1. Interpretação restrita da ordem pública¹³¹²: a ordem pública internacional

O artigo V, 2), b) da CNI determina a contrariedade à ordem pública *tout court* do Estado do foro como fundamento para impossibilitar o reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira (cf. artigo V). O Grupo de Trabalho baseou a sua proposta na premissa de uma interpretação restrita da ordem pública¹³¹³. Algumas observações devem ser aqui feitas: (i) É a ordem pública do Estado do foro que é chamada a aferir a observância da sua própria ordem pública e não a de qualquer outra ordem pública de outro Estado¹³¹⁴; (ii) A CNI não objectiva a harmonização do conceito de ordem pública, nem define o seu conteúdo¹³¹⁵; (iii) A protecção e o desenvolvimento do comércio internacional sugerem uma interpretação restrita da excepção de ordem pública¹³¹⁶.

¹³¹⁰ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A ordem pública no Direito dos contratos”, cit., p. 291.

¹³¹¹ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A sentença arbitral contrária à ordem pública perante a nova LAV”, in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Almedina, 2012, p. 60.

¹³¹² Fala-se ainda na doutrina do conceito de “ordem pública transnacional”.

¹³¹³ Summary Record of the Seventeenth Meeting of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration, U.N. Doc. E/CONF.26/SR.17, 3 (1958); *apud* GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. III, Second Edition, Wolters Kluwer, 2014, p. 3649.

¹³¹⁴ MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A ordem pública na arbitragem”, cit., p. 15.

¹³¹⁵ MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A ordem pública na arbitragem”, cit., p. 15.

¹³¹⁶ MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A ordem pública na arbitragem”, cit., p. 15; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Art. 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables”, in *Comentários a la Ley de Arbitraje*, Carlos González-Bueno (Coord.), Consejo General del Notariado, 2014, p. 924.

Como salienta o Professor IBRAHIM FADLALLAH¹³¹⁷, a Convenção de Nova Iorque constitui uma garantia séria do respeito da cláusula compromissória, bem como do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, desde que o principal obstáculo, a contrariedade à ordem pública, seja atenuada pelos tribunais. Essa atenuação implica que os tribunais judiciais devam apreciar a contrariedade da decisão a ser reconhecida ou executada à luz da ordem pública internacional. A ordem pública internacional surge, nos Direitos angolano e português, no artigo 22.º do Código Civil¹³¹⁸. Enquanto a ordem pública interna restringe a autonomia privada, a ordem pública internacional representa o núcleo duro de regras injuntivas do Direito interno¹³¹⁹. Trata-se do núcleo da ordem jurídica nacional que se opõe à aplicação do Direito estrangeiro¹³²⁰. Caracteriza-se pela sua relatividade, o seu carácter nacional, a sua excepcionalidade, actualidade e imprecisão¹³²¹.

Conforme ensina o Professor LIMA PINHEIRO¹³²², a reserva de ordem pública internacional constitui um limite à aplicação do Direito estrangeiro designado pela norma de conflitos e ao reconhecimento de decisões estrangeiras¹³²³ pelos tribunais

¹³¹⁷ IBRAHIM FADLALLAH, “L’ordre public dans les sentences arbitrales”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1994, V, T. 249, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 379.

¹³¹⁸ “1. Não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português.

2. São aplicáveis, neste caso, as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente ou, subsidiariamente, as regras do Direito interno português”.

¹³¹⁹ Para concluir que certo instituto é contrário à ordem pública internacional, apenas o resultado releva. Vejam-se os exemplos referidos por Menezes Cordeiro no domínio do Direito da Família (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Decisões arbitrais internacionais e sua revisão” ..., pp. 272-273); “A ordem pública internacional manifesta-se em concreto, isto é: perante o resultado a que conduza a aplicação do Direito ou de sentença estrangeira. Assim sendo, não será, em rigor, possível dizer de antemão que um certo instituto é contrário à ordem pública internacional: antes há que simular a sua aplicação” (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A ordem pública nas arbitragens: as últimas tendências”, in *VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2014, p. 91).

¹³²⁰ ANDREAS BUCHER; ANDREA BONOMI, *Droit international privé*, 2e édition, Helbing & Lichtenhahn, 2004, p. 126.

¹³²¹ ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extra-contratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, Almedina, 2011, p. 623.

¹³²² LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 5, 2012, pp. 122-123; veja-se também: ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extra-contratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, cit., pp. 620-621; RUTE ALVES; IÑAKI CARRERA, “(Des)ordem pública internacional”, cit., pp. 52-65; DAVID FRANÇA RIBEIRO DE CARVALHO, “A ordem pública na Convenção de Nova York e a recusa *ex officio* de homologação de sentença arbitral estrangeira”, in *Direito Izabela Hendrix*, vol. 17, n.º 17, nov. 2016, pp. 166-177; veja-se na literatura alemã: PETER SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, I, cit., p. 281, N. 286.

¹³²³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa”, cit., p. 123.

estaduais, actuando *a posteriori* perante resultados manifestamente incompatíveis com princípios ou regras fundamentais vigentes na ordem jurídica do foro¹³²⁴. A ordem pública internacional faz parte do Direito Internacional Privado¹³²⁵. É parte da lei nacional de determinado Estado¹³²⁶. A reserva de ordem pública não implica um juízo de desvalor da lei estrangeira, almejando-se apenas o afastamento de resultados manifestamente incompatíveis com os princípios e valores em que se funda o sistema jurídico interno¹³²⁷. Para o Professor MOURA VICENTE¹³²⁸, “A intervenção da reserva de ordem pública internacional é (...) susceptível de originar duas ordens de efeitos: o afastamento dos preceitos da lei competente de cuja aplicação deriva um resultado incompatível com as concepções ético-jurídicas fundamentais do Estado do foro e, sempre que tal se mostre necessário a fim de suprir a lacuna deste modo surgida, a substituição daqueles preceitos por outros critérios de decisão relativamente aos quais não seja oponível, do ponto de vista do foro, a mesma objecção”.

¹³²⁴ Sobre a diferença entre a ordem pública internacional e as normas de aplicação necessária, veja-se: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa”, cit., pp. 123-124: “No Direito Internacional Privado atual, reconhece-se também que a designação de um Direito estrangeiro ou não-estadual não afasta a aplicação de certas normas imperativas do Estado do foro, quando estas normas imperativas ‘reclamam’ um âmbito espacial de aplicação mais vasto do que aquele que é atribuído pelo Direito de Conflitos geral à ordem jurídica do foro (*“normas de aplicação necessária”*). Um sector da doutrina encara as ‘normas de aplicação necessária’ como normas de ordem pública internacional, fazendo assim uma abertura à conceção apriorística de ordem pública internacional. A inclusão ou exclusão destas normas do âmbito da ordem pública internacional pode depender de uma delimitação dos valores jurídico-materiais em jogo. Para alguns autores, a ordem pública internacional só teria que ver com valores ético-jurídicos e específicos do Direito privado, as ‘normas de aplicação necessária’ prosseguiriam fins de política económica e social e interesses políticos em sentido estrito, enfim, finalidades de natureza pública. Mas nem a cláusula de ordem pública internacional se tem acantonado nos valores ético-jurídicos, nem a realidade das normas suscetíveis de aplicação necessária se circunscreve a fins económicos, sociais e políticos. A ordem pública internacional é apta para veicular todos os princípios e normas fundamentais da ordem jurídica do foro que tenham aplicação a situações transnacionais. Não pode fazer-se uma limitação a princípios ético-jurídicos. Também podem ser veiculados, como vem sendo reconhecido pela jurisprudência, princípios e normas que prosseguem finalidades económico-sociais, políticas ou outras”; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A sentença arbitral contrária à ordem pública perante a nova LAV”, in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Almedina, 2012, p. 67; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. III, 2ª. Ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 521.

¹³²⁵ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, cit., p. 26.

¹³²⁶ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, cit., p. 26.

¹³²⁷ ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extra-contratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, cit., p. 623.

¹³²⁸ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, cit., pp. 692-693; veja-se também: DÁRIO MOURA VICENTE, “Precontratual Liability in Private International Law: A Portuguese Perspective”, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Heft 4, Band 67, Max-Planck-Institut, 2003, pp. 722-723.

De acordo com o Professor VAN DEN BERG¹³²⁹: “*A limitation to international public policy has a consequence that the number of matters pertaining to public policy may be smaller than those prevailing in domestic situations. Consequently, local particularities will have less influence on the international arbitral process*”. Ainda afirma que: “*The application of the distinction between domestic and international public policy in cases falling under the Convention also can be seen as a consequence of the general rule of interpretation to construe narrowly the grounds for refusal of enforcement in Article V of the Convention*”¹³³⁰.

No caso *Parsons & Whittemore Overseas v. Rakta*, de 23 de Dezembro de 1974¹³³¹, o Tribunal de Apelação do 2º Circuito (Estados Unidos) decidiu que “*(...) the Convention’s public policy defense should be construed narrowly. Enforcement of foreign arbitral awards may be denied on this basis only where enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice*”.

O Supremo Tribunal de Justiça português, em acórdãos datados de 9 de Outubro de 2003¹³³² e 2 de Fevereiro de 2006¹³³³, afirmou que o artigo V, 2), b) da CNI referia-se à “ordem pública internacional”¹³³⁴. O mesmo entendimento foi afirmado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 17 de Dezembro de 1998¹³³⁵.

¹³²⁹ ALBERT JAN VAN DEN BERG, “Some practical questions concerning the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, in *Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law*; new York, 1995, p. 219; disponível em: <http://www.hvdb.com/wp-content/uploads/1995-AJvdb-Some-Practical-Questions.pdf>; ALBERT JAN VAN DEN BERG, “The New York Convention of 1958: An Overview”, in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in practice* (Emmanuel Gaillard & Domenico Di Pietro, Eds), 2008, p. 63.

¹³³⁰ ALBERT JAN VAN DEN BERG, “The New York Convention of 1958: An Overview”, in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in practice* (Emmanuel Gaillard & Domenico Di Pietro, Eds), 2008, p. 63.

¹³³¹ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 1252.

¹³³² Acórdão de 9 de Outubro de 2003, Proc. n.º 03B1604, disponível em www.dgsi.pt.

¹³³³ DÁRIO MOURA VICENTE, “Interpretation and Application of the New York Convention in Portugal”, in *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – The interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, G.A. Bermann (ed.), Springer International Publishing AG, 2017, p. 776.

¹³³⁴ DÁRIO MOURA VICENTE, “Interpretation and Application of the New York Convention in Portugal”, cit., pp. 775-776.

¹³³⁵ Acórdão de 17 de Dezembro de 1998, *Colectânea de Jurisprudência*, tome V (1998), pp. 125 e ss..

1.2.2. Função da ordem pública internacional

I. A ordem pública internacional apresenta-se mais restrita uma vez que certos princípios injuntivos internos podem não ter aplicação quando o Direito estrangeiro for chamado a reger (v.g., as regras sobre a maioria ou a capacidade das associações são injuntivas, mas num caso em que se deve aplicar o Direito estrangeiro, as regras internas serão afastadas pelas regras estrangeiras nessas matérias)¹³³⁶. De acordo com FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN¹³³⁷, a ordem pública internacional engloba o conjunto de valores fundamentais de uma ordem jurídica nacional que não podem ser afastados, ainda que se trate de situações de carácter internacional.

A Associação de Direito Internacional propôs aos Estados, na sua Resolução de Nova Deli, de Abril de 2002, recomendações que possam inspirar os juizes na definição dos contornos da ordem pública internacional¹³³⁸. Assim, o artigo 1(c) da Resolução 2/2002 refere que a expressão “ordem pública internacional” designa: “*l’ensemble des règles et principes reconnus par un Etat qui par leur nature peuvent empêcher la reconnaissance ou exécution d’une sentence arbitrale rendue dans le contexte de l’arbitrage commercial international lorsque la reconnaissance ou l’exécution de la dite sentence aboutirait à leur violation soit par la procédure d’après laquelle elle a été rendue (ordre public international de procédure) ou bien par son contenu (ordre public international au fond)*”.

Desta definição, pode-se concluir que a ordem pública internacional apresenta duas vertentes: a ordem pública internacional substancial e a ordem pública internacional processual. A ordem pública internacional substancial integra os princípios fundamentais relativos à justiça ou moral, as regras de ordem pública ou *lois de police* e os compromissos internacionais de um Estado¹³³⁹.

¹³³⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A ordem pública nas arbitragens: as últimas tendências”, in *VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2014, p. 91.

¹³³⁷ FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 969, N. 1648; GUY KEUTGEN; GEORGES-ALBERT DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, Tome II – Le droit international, 2e éd. revue et augmentée, Bruylant, 2012, p. 1072 ; veja-se também: RUI MANUEL MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra Editora, 2002, pp. 245-262.

¹³³⁸ ISMAIL SÉLIM, *L’ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 415, N. 610.

¹³³⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português de 14 de Março de 2017, Proc. N.º 103/13.1YRLSB.S1, disponível em www.dgsi.pt; FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje ...*, cit., p. 799: “El orden público internacional incluye las siguientes áreas: (i) principios fundamentales relativos a justicia y moralidad que el Estado desea proteger aún cuando no este directamente involucrado; (ii) las

De acordo com o Professor LIMA PINHEIRO¹³⁴⁰, a ordem pública internacional do Estado do foro “também veicula as normas e princípios fundamentais de fonte supra estadual que vigoram na ordem jurídica deste Estado”.

1º Os princípios fundamentais relativos à justiça ou moral

É contrária à ordem pública internacional do Estado angolano ou português, por exemplo, uma sentença baseada na discriminação religiosa ou racial. Do mesmo modo, contraria a ordem pública internacional uma sentença que valida uma expropriação sem indemnização ou com uma indemnização irrisória, uma vez que o direito de propriedade está protegido pelo artigo 17.º da Declaração dos Direitos do Homem¹³⁴¹. Contraria a ordem pública internacional qualquer sentença que recuse anular um acordo obtido por suborno ou tem por objecto o tráfico de influência ou pagamento de “luvas”¹³⁴². O princípio de boa fé contratual é de ordem pública internacional. Também o é o princípio “*fraus omnia corrumpit*”. Este último princípio proíbe a fraude pelo recurso à arbitragem e determina a sanção da fraude cometida por uma das partes à arbitragem¹³⁴³.

2º As regras de ordem pública (*lois de police* ou *lois d’application immédiate*)¹³⁴⁴

Nem todas as normas imperativas do Estado do foro são de ordem pública internacional. Apenas as regras concebidas para servir os interesses políticos, sociais ou económicos essenciais do Estado designadas por regras de ordem pública ou *lois de*

regras designadas para servir los intereses políticos, sociales y económicos de dicho Estado, conocidos como leyes de policía o reglas de orden público; y (iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones ante otros Estados u organismos internacionales”. Sobre o *favor arbitrandum* na aplicação da ordem pública “intertemporal”, veja-se ainda: FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje* ..., cit., p. 800.

¹³⁴⁰ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 278.

¹³⁴¹ ISMAIL SÉLIM, *L’ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 415, N. 610.

¹³⁴² ISMAIL SÉLIM, *L’ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 416, N. 611.

¹³⁴³ ISMAIL SÉLIM, *L’ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 416, NN. 612-615.

¹³⁴⁴ CATHÉRINE KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, cit., p. 48, N. 80: “(...) le Règlement Rome I définit la loi de police comme étant ‘une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique sociale ou économique au point d’en exiger l’application à toute situation entrant dans son champ d’application quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d’après le règlement’ (art. 9)”.

police pertencem à ordem pública internacional. Por exemplo, as regras fundamentais relativas à organização de procedimentos colectivos (falência e insolvência) são leis imperativas de ordem pública internacional. As regras relativas ao abuso de posição dominante, ou às operações de concentração são de ordem pública internacional¹³⁴⁵. As regras relativas às taxas usurárias são de ordem pública internacional. Do mesmo modo, as regras decorrentes de relações internacionais em matéria cambial são de ordem pública internacional.¹³⁴⁶

3º Os compromissos internacionais de determinado Estado

Referem-se, por exemplo, às medidas de embargo impostas por uma resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas. A proibição da corrupção faz também parte dos compromissos internacionais dum Estado¹³⁴⁷.

II. Quanto à ordem pública internacional processual, esta integra os princípios fundamentais do processo: proibição de corrupção dos árbitros, interdição da fraude processual, o respeito do princípio de colegialidade, princípio do contraditório, a independência e imparcialidade do árbitro, princípio de igualdade das partes na constituição do tribunal arbitral. A composição ímpar do tribunal não é de ordem pública internacional. A regra segundo a qual a acção penal suspende a acção civil não é de ordem pública internacional¹³⁴⁸.

¹³⁴⁵ ISMAIL SÉLIM, *L'ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 420, NN. 621-622.

¹³⁴⁶ ISMAIL SÉLIM, *L'ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 423, N. 626.

¹³⁴⁷ ISMAIL SÉLIM, *L'ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 424, NN. 627-628.

¹³⁴⁸ Veja-se: ISMAIL SÉLIM, *L'ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., pp. 436-448, NN. 649-663; POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 799, N. 816; POUDRET; BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 755, N. 816. A ordem pública transnacional é, segundo Manuel Pereira Barrocas, um “conjunto de princípios e normas de carácter não jurídico positivo, mas fruto da ciência do Direito, do Direito Natural ou do sentimento de juridicidade universal ou largamente transnacional, que constituem elementos enformadores da ordem jurídica internacional comum a inúmeros Estados. São exemplo disso grandes princípios do Direito das Obrigações como é o caso do *pacta sunt servanda*, do princípio da proibição do enriquecimento sem justa causa, do princípio *fraus omnia corrumpit*, etc. Uma parte destes princípios tem, aliás, integrado as meritórias recolhas empreendidas pela UNIDROIT” (MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A ordem pública na arbitragem”, in *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer España, 2015, Issue 22, p. 7). Segundo o Professor LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Mesmo para quem não aceite a existência de uma ordem jurídica autónoma do comércio internacional, a ‘ordem pública transnacional’ pode ser concebida de modo a integrar diretamente regras e princípios autónomos que, sendo expressão de determinados valores partilhados por uma vasta maioria dos sujeitos do comércio internacional, tenham encontrado

III. Para o Supremo Tribunal de Justiça português¹³⁴⁹, “o conceito de ordem pública internacional é vago, fluído e impreciso mas, numa aproximação com escopo meramente operativo”, é designado “como uma amálgama de valores basilares e concepções dominantes de índole social, ética, política e económica expressos em princípios e regras que o aplicador deve, em cada momento histórico, interpretar e reconhecer a fim de apreciar se os mesmos se podem ter como afrontados pelo resultado a que se chegou na sentença arbitral revidenda”.

No caso *Cuatrecasas*, o Supremo Tribunal de Justiça português considerou, no seu acórdão de 14 de Março de 2017¹³⁵⁰ que a sentença arbitral proferida ao abrigo da lei espanhola, condenando um advogado português no pagamento às requerentes (sociedades de advogados) de uma indemnização superior a 4,5 milhões de euros, ao abrigo de uma cláusula penal convencionada, por incumprimento de um pacto de não concorrência, conduzia a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado Português. O valor previsto a título de indemnização atingia uma ordem de grandeza desproporcionada, sendo contrário aos bons costumes, à boa fé e ao princípio de proporcionalidade.

Num acórdão de 27 de Abril de 2017¹³⁵¹, o Supremo Tribunal de Justiça português considerou que não afectava os princípios da ordem pública internacional do Estado Português “a sentença revidenda proferida por um tribunal brasileiro que, numa ação cuja causa de pedir consistia no incumprimento de um contrato de compra e venda e o pedido no pagamento do respectivo preço, condenou solidariamente os sócios de

consagração em costume jurisprudencial arbitral ou nos regulamentos dos centros de arbitragem. PIERRE LALIVE refere exemplificativamente o respeito da ‘moral dos negócios’, ‘o princípio da boa fé elementar, da proibição de discriminação racial ou da escravatura, do respeito dos direitos do homem e de proteção do património cultural’. A estes princípios ou valores deve acrescentar-se a proteção do ambiente” (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa”, cit., pp. 129-130); PIERRE MAYER, “Effect of International Public Policy in International Arbitration”, in *Julian D. M. Lew and Loukas A. Mistelis (eds), Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, p. 61: “‘Transnational public policy’ can be defined as the set of legal principles, not belonging to the law of a particular State, which may be relied upon by an arbitrator either as a bar to the enforcement of an international commercial contract, or, in a less direct manner, as an obstacle to the application of the State law normally applicable to such contract. The concept was introduced by Pierre Lalive in this famous at ICCA in New York in 1986, and is now a classic”; veja-se também: FRANCK NICÉPHORE YOUNG, *Arbitrage commercial international et développement*, cit., pp. 290-296.

¹³⁴⁹ Acórdão de 23 de Outubro de 2014, disponível em www.dgsi.pt; veja-se também: RUI MANUEL MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, cit., p. 257.

¹³⁵⁰ Proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1; disponível em www.dgsi.pt

¹³⁵¹ Proc. n.º 93/16.9YRCBR.S1; disponível em www.dgsi.pt.

uma sociedade que havia sido declarada despersonalizada e afastou a ilegitimidade passiva das pessoas singulares, até porque na ordem jurídica interna portuguesa a derrogação do princípio da separação entre a pessoa colectiva e aqueles que por detrás dela atuam tem sido aceite em diversos casos concretos”.

Num caso que foi mais recentemente objecto de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, datado de 1 de Outubro de 2019¹³⁵², os autores intentaram contra a ré uma acção de anulação da sentença arbitral que julgou parcialmente procedente a acção proposta pela ré contra os autores, tendo estes sido condenados a pagar àquela demandante (agora ré) a totalidade dos danos futuros resultantes do incumprimento do Acordo Parassocial que vinculava as partes e a entregar à demandante a totalidade das suas acções no capital da sociedade por aplicação da pena convencional prevista na cláusula 13.^a do Acordo Parassocial. Os autores concluíram que a sentença arbitral ofendeu de modo grave e manifesto os princípios da proporcionalidade das prestações e das indemnizações, da proibição de indemnizações punitivas em matéria cível, proibição do abuso de direito, proibição das medidas discriminatórias ou espoliadoras, da proibição do locupletamento à custa de outrem, integradores da ordem pública internacional do Estado Português [art.º 46.º, n.º 3, alínea b)], os princípios processuais de igualdade e do contraditório com influência na decisão do litígio [art.º 46.º, n.º 3, al.) a da LAV] tendo a sentença condenado em quantidade superior ou em objecto diverso do pedido [art.º 46.º, n.º 3, alínea a) da LAV]. Segundo o Supremo Tribunal de Justiça, “V- A decisão arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se este verificar que o seu conteúdo ofende princípios da ordem pública internacional do Estado Português (art. 46.º, n.º 3, al. b), subal. ii), da LAV). Em relação às arbitragens internas, em que, por regra, é aplicado o direito português, o sentido da norma parece claro: restringir a intervenção do conceito de ordem pública como fundamento de anulação das sentenças arbitrais. VI - Só uma *ofensa concreta e séria (grave)* aos fins prosseguidos pelos princípios da ordem pública internacional pode e deve ser sancionada. No caso em apreço, o incumprimento por parte dos recorrentes foi relevante, não insignificante, não existindo motivos para considerar que houve um exercício ilegítimo – com desequilíbrio e desproporção intolerável – do direito de opção de compra, e que a cumulação dessa pena (de natureza compulsória) com a indemnização pelos danos futuros não é manifestamente

¹³⁵² Proc. n.º 1254/17.9YRLSB.S1; disponível em: www.dgsi.pt

desproporcional à relevância do referido incumprimento, nem viola, assim, os fins que os princípios enunciados em V. visam salvaguardar”.

1.2.3. Como apreciar a contrariedade à ordem pública internacional?

I. De acordo com a corrente doutrinária maioritária e a jurisprudência portuguesa, a contrariedade à ordem pública internacional é aferida em função do resultado da sentença.

Segundo o Professor LIMA PINHEIRO ¹³⁵³, “para saber se o resultado do reconhecimento viola a ordem pública internacional deverá fazer-se um exame global, o qual poderá ter em conta os fundamentos da decisão e o processo”. E, “o decisivo para a intensidade da atuação da reserva de ordem pública internacional é o grau de ligação entre a situação (sobre que versou a decisão estrangeira a reconhecer) e o Estado do foro” ¹³⁵⁴.

A posição do Supremo Tribunal de Justiça português evoluiu no tempo. Num acórdão de 23 de Outubro de 2014¹³⁵⁵, decidiu que a contrariedade à ordem pública internacional do Estado Português avalia-se em função do efeito jurídico a que a decisão arbitral conduz, não sendo relevantes os fundamentos em que ela se ateve.

Num recente acórdão de 26 de Setembro de 2018¹³⁵⁶, o Supremo Tribunal de Justiça afirmou que “O controlo que o juiz tem de fazer para aquilatar da ofensa da ordem pública internacional do Estado não se confunde com a revisão: o juiz não julga novamente o litígio decidido pelo tribunal arbitral para verificar se a sentença, pelo resultado a que conduz, ofende algum princípio considerado como essencial pela ordem jurídica do foro; ainda assim, quando o controlo se destina a verificar se o resultado da decisão é manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado, poderá não bastar a análise do dispositivo da sentença por este ser, em geral, neutro, se desligado da vistoria ao raciocínio até ele percorrido pelo tribunal”.

¹³⁵³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., p. 369.

¹³⁵⁴ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, cit., p. 369.

¹³⁵⁵ Acórdão de 23 de Outubro de 2014, disponível em www.dgsi.pt.

¹³⁵⁶ Proc. n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1; disponível em www.dgsi.pt

Por conseguinte, poderá ser necessário conhecer a *ratio decidendi* para reconstruir o *iter* lógico percorrido pelo julgador¹³⁵⁷.

II. Na Espanha¹³⁵⁸, o ATSJ do País Vasco, datado de 12 de Abril de 2012, considerou que a ordem pública internacional deve ser avaliada em função do resultado da sentença (*resultado del laudo*), e também em função do processo de formação jurídica da sentença” (*proceso de formación jurídica del laudo*). A ordem pública internacional exige o controlo da motivação da sentença e a sua fundamentação jurídica de modo a que a mesma seja fruto de uma interpretação e aplicação razoável do Direito. Trata-se apenas de aferir que a sentença arbitral não é consequência de uma aplicação arbitrária da legalidade ou manifestamente irrazoável¹³⁵⁹.

III. Pode uma cláusula contratual contrária à ordem pública internacional de determinado Estado determinar a recusa do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira pelas jurisdições do referido Estado?

A questão colocou-se perante o Tribunal do Distrito de Nova Iorque. No caso *Karen Maritime Limited v. Omar International Inc.* (2004)¹³⁶⁰, o referido Tribunal decidiu que a reserva de ordem pública internacional, prevista no artigo V), 2), b) da CNI, não permitia recusar o reconhecimento de uma sentença que se reporta a um contrato contendo uma cláusula contrária à ordem pública internacional dos Estados Unidos, e que não serviu para fundamentar a sentença¹³⁶¹.

Um contrato de fretamento de navio havia sido celebrado entre um armador da Libéria e uma sociedade americana com vista ao transporte de mercadorias do Canadá para a Síria. O referido contrato previa que o navio nunca poderia fazer escala num porto israelita. Tendo sido a sociedade americana condenada a indemnizar o armador na sequência de um litígio surgido entre as partes, tentou inviabilizar o reconhecimento

¹³⁵⁷ CARMINE PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Tomo Secondo, cit., p. 369-370.

¹³⁵⁸ PILAR BLANCO-MORALES LIMONES; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Art. 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables”, in *Comentários a la Ley de Arbitraje*, Carlos González-Bueno (Coord.), Consejo General del Notariado, 2014, p. 924.

¹³⁵⁹ PILAR BLANCO-MORALES LIMONES; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Art. 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables”, cit., p. 924.

¹³⁶⁰ 322 F. Supp. 2d 224 (2004); BERTRAND DERAIS; ERIC ORDWAY, “Panorama de jurisprudence américaine”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Vol. III, Gazette du Palais, Édition Juillet, 2006, p. 410.

¹³⁶¹ BERTRAND DERAIS; ERIC ORDWAY, “Panorama de jurisprudence américaine”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Vol. III, cit., p. 410.

da referida sentença condenatória nos Estados Unidos com o motivo de que a referida cláusula violava a lei americana que proibia aos cidadãos e residentes americanos participar no boicote árabe contra o Estado de Israel.

O Tribunal começou por admitir que a sociedade americana, ao assinar um contrato com tal cláusula, violara a legislação americana, e que a execução da sentença, na medida em que legitimava e perpetuava o boicote árabe contra Israel, violaria as noções americanas fundamentais de moral e de justiça¹³⁶².

No entanto, o Tribunal americano concedeu o *exequatur* da sentença uma vez que, por um lado, a cláusula em questão não constituía o fundamento da sentença; e, por outro, o litígio que opunha as partes não se referia ao boicote árabe contra Israel¹³⁶³. Uma vez que a sociedade americana não hesitou em comerciar com a Síria, apesar dos atentados organizados por este país contra cidadãos americanos, a mesma já tinha, segundo o Tribunal, “as mãos sujas”. Por conseguinte, seria contrário à equidade, permitir-lhe, 20 anos depois da celebração do contrato, evitar uma sentença desfavorável com a invocação de uma cláusula contratual ilícita contra a qual não opôs qualquer objecção de ordem “legal, moral ou patriótica”¹³⁶⁴.

1.3. Direito positivo

O Grupo de Trabalho para a redacção da Lei-Modelo previu a anulação no artigo 34.º, b), ii) apenas em caso de violação da ordem pública, e não da ordem pública internacional, por forma a evitar conflitos com o texto da Convenção de Nova Iorque. Tal conceito de ordem pública internacional não fazia unanimidade no seio dos representantes dos Estados¹³⁶⁵. Do mesmo modo, o artigo 36.º, n.º 1 referiu-se unicamente à ordem pública.

Nos Direitos nacionais, duas tendências são notórias:

¹³⁶² BERTRAND DERAIS; ERIC ORDWAY, “Panorama de jurisprudence américaine”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Vol. III, cit., p. 410.

¹³⁶³ BERTRAND DERAIS; ERIC ORDWAY, “Panorama de jurisprudence américaine”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Vol. III, cit., p. 410.

¹³⁶⁴ BERTRAND DERAIS; ERIC ORDWAY, “Panorama de jurisprudence américaine”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Vol. III, cit., p. 410.

¹³⁶⁵ ADRIANA BRAGHETTA, *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, pp. 86-87; HOWARD HOLTZMANN; JOSEPH NEUHAUS, *A Guide to the Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law, Holanda, 1989, p. 918.

a) Legislações que estabelecem expressamente a reserva da ordem pública internacional como limite ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras

I. Em Portugal, a alínea b) do n.º 1 do artigo 56.º da LAVP sobre os fundamentos de recusa do reconhecimento e execução determina que o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral proferida numa arbitragem localizada no estrangeiro só podem ser recusados se o tribunal verificar que o reconhecimento ou a execução da sentença conduz a um resultado manifestamente incompatível com a *ordem pública internacional* do Estado português¹³⁶⁶. O legislador português adoptou um regime interno mais favorável ao reconhecimento em relação ao regime da CNI, ao referir-se à ordem pública internacional¹³⁶⁷. Prevê-se no artigo 56.º, n.º 1 a recusa do reconhecimento e da execução da sentença apenas quando estes conduzirem a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português¹³⁶⁸.

¹³⁶⁶ A LAVP refere a ordem pública internacional em 3 ensejos distintos, afirma A. Menezes Cordeiro: (i) art. 46.º relativo ao pedido de anulação da decisão arbitral (interna); (ii) art. 48.º sobre os fundamentos de oposição à execução; (iii) art. 54.º sobre a anulação da sentença proferida em Portugal, numa arbitragem internacional, em que haja sido aplicado direito não português ao fundo da causa; (iv) art. 56.º relativo aos fundamentos de recurso do reconhecimento e execução de uma sentença proferida em arbitragem localizada no estrangeiro (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A ordem pública nas arbitragens: as últimas tendências”, in *VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2014, p. 101).

¹³⁶⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, in D. MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária anotada*, cit., p. 172; veja-se também: RUI MANUEL MOURA RAMOS, “O novo Direito português da arbitragem”, cit., p. 609..

¹³⁶⁸ O Supremo Tribunal de Justiça português referiu-se recentemente à ordem pública internacional nos seguintes termos: “III. Por sua vez, a interpretação da Convenção de Nova Iorque deverá ser feita tendo em conta as recomendações da Associação de Direito Internacional (ILA) sobre a aplicação da ordem pública como motivo de recusa de reconhecimento ou de execução de decisões arbitrais internacionais (adoptadas pelo *International Council for Commercial Arbitration*), reconhecendo-se aí a importância da finalidade da arbitragem, mas também o papel da ordem pública na defesa de princípios fundamentais. IV. A ordem pública internacional tem como características: (i) a imprecisão; (ii) o cariz nacional das suas exigências (que variam de Estado para Estado, segundo os conceitos dominantes em cada um deles); (iii) a excepcionalidade (por ser um limite ao reconhecimento de uma decisão arbitral putativamente estribada no princípio da autonomia privada); (iv) a flutuação e a actualidade (intervém em função das concepções dominantes no tempo do julgamento, no país onde a questão se põe); (v) a relatividade (intervém em função das circunstâncias do caso concreto e, particularmente, da intensidade dos laços entre a relação jurídica em causa e o Estado do reconhecimento). V. Trata-se, assim, de um conceito indeterminado que, como os demais, em qualquer ordem jurídica, terá de ser concretizado pelo juiz no momento da sua aplicação, tomando em conta as circunstâncias particulares do caso concreto; porém, a sua actuação positiva sobre o resultado obtido pela decisão arbitral estrangeira – recusando o seu reconhecimento – não comporta qualquer juízo sobre a adequação da aplicação nela feita do direito tido por aplicável, nem, muito menos, de desvalor sobre o ordenamento jurídico estrangeiro: a acção preclusiva da ordem pública internacional incide unicamente

Levanta dúvidas o objectivo prosseguido pelo legislador português através do artigo 54.º (Ordem pública internacional), ao prever que a sentença proferida em Portugal, numa arbitragem internacional em que haja sido aplicado Direito não português ao fundo da causa, pode ser anulada com os fundamentos previstos no artigo 46.º sobre a anulação de sentenças arbitrais, e ainda, caso deva ser executada ou produza efeitos em território nacional, se tal conduzir a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional¹³⁶⁹. A Professora MARIA HELENA BRITO¹³⁷⁰ observa que “em termos gerais, em DIP, a ordem pública internacional atua, verificadas certas circunstâncias, como um limite à aplicação da lei estrangeira normalmente competente ou como fundamento de não reconhecimento de uma decisão estrangeira. Diferentemente, no art. 54.º, a ordem pública internacional surge como um fundamento [adicional?] de anulação da sentença arbitral proferida em Portugal no âmbito de uma arbitragem internacional”. Porém, o artigo 46.º, n.º 3, al. b), ii), já prevê a anulação da sentença arbitral pelo tribunal estadual por contrariedade aos princípios da ordem pública internacional do Estado Português¹³⁷¹. A mesma crítica é feita por SAMPAIO CAMELO¹³⁷².

Em contraposição, o Professor MOURA VICENTE¹³⁷³ sugere uma interpretação que confira um sentido útil ao disposto no artigo 54.º da LAVP. O artigo 54.º visaria restringir a regra geral constante do artigo 46.º, n.º 3, al. b), subalínea ii). “(...) numa arbitragem internacional que decorra em território nacional e em que o mérito da causa

sobre os efeitos jurídicos que, para o caso, defluem da lei estrangeira e não sobre a lei em si. (...) VII. Ainda que não seja possível determinar, *a priori*, o conteúdo da cláusula geral da ordem pública internacional, é latamente consensual a ideia de que o mesmo é enformado pelos princípios estruturantes da ordem jurídica, como são, desde logo, os que, pela sua relevância, integram a constituição em sentido material, pois são as normas e princípios constitucionais, sobretudo os que tutelam direitos fundamentais, que não só enformam como também conformam a ordem pública internacional do Estado, o mesmo sucedendo com os princípios fundamentais do Direito da União Europeia e ainda com os princípios fundamentais nos quais se incluem os da boa fé, dos bons costumes, da proibição do abuso de direito, da proporcionalidade, da proibição de medidas discriminatórias ou espoliadoras, da proibição de indemnizações punitivas em matéria cível e os princípios e regras basilares do direito da concorrência, tanto de fonte comunitária quanto de fonte nacional” (Acórdão do STJ, 14 de Março de 2017, proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1, disponível em www.dgsi.pt).

¹³⁶⁹ MARIA HELENA BRITO, “As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões”, cit. p. 48.

¹³⁷⁰ MARIA HELENA BRITO, “As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões”, cit., p. 48.

¹³⁷¹ MARIA HELENA BRITO, “As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões”, cit., pp. 48-49.

¹³⁷² ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A sentença arbitral contrária à ordem pública perante a nova LAV”, in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Almedina, 2012, p. 64 e *passim*.

¹³⁷³ DÁRIO MOURA VICENTE, “Impugnação da sentença arbitral e ordem pública”, in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Almedina, 2012, p. 337.

se encontre sujeito a critérios de decisão que não os da lei portuguesa, a sentença nela proferida apenas poderá ser anulada com fundamento na ofensa de ordem pública internacional do Estado português se e na medida em que tal sentença se destine a ser executada ou a produzir outros efeitos em território nacional. Nesta ordem de ideias, o art. 54.º restringe, pelo que respeita à arbitragem internacional, a regra geral constante do art. 46.º, n.º 3, alínea b), subalínea ii), da Lei”.

II. Em França, nos termos do artigo 1514.º do CPC: “*Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s’en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n’est pas manifestement contraire à l’ordre public international*”¹³⁷⁴. Por conseguinte, o critério para o reconhecimento e execução do CPC é mais flexível do que o disposto no artigo V da CNI que se refere à ordem pública¹³⁷⁵. A ordem pública internacional substancial em França integra os princípios fundamentais, as leis de polícia francesas e os compromissos internacionais da França.

b) Legislações que se referem directamente ou por remissão à reserva da ordem pública como limite ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, devendo esta ser interpretada de acordo com o critério ensinado pela doutrina maioritária e pela jurisprudência da maioria dos Estados membros da CNI¹³⁷⁶

¹³⁷⁴ “Uma sentença arbitral será reconhecida e executada em França se a parte que o pretenda puder provar a sua existência e desde que o reconhecimento e execução não seja manifestamente contrário à ordem pública internacional”; Veja-se: MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A ordem pública na arbitragem”, cit., p. 19.

¹³⁷⁵ MARÍA BEATRIZ BURGHEITTO, “Regards croisés sur la reconnaissance et l’*exequatur* de sentences arbitrales étrangères ou internationales en France et dans les pays de l’Amérique du Sud”, in *Codification du droit privé et évolution du droit de l’arbitrage*, Bénédicte Fauvarque-Cosson; Diego P. Fernández Arroyo; Joël Monéger (Dir), Société de Législation Comparée, 2014, p. 166: “Quant aux motifs de refus énoncés à l’article V.2 de la Convention (caractère non arbitral de l’objet du différend selon la loi de l’État requis et contrariété à l’ordre public de ce dernier), le juge français réalise un contrôle restreint visant à déterminer si la reconnaissance ou l’*exequatur* de la sentence serait contraire à l’ordre public international français, ce qui doit être ‘manifeste’”.

¹³⁷⁶ No caso *Dutch Appellant v. Austrian Appellee* (1983), o Supremo Tribunal da Áustria negou o reconhecimento de uma sentença proferida nos Países Baixos, tendo-se recusado a estabelecer uma distinção entre a ordem pública interna e a ordem pública internacional. Segundo o Supremo Tribunal: “The attempt of the appellant to construe a difference between a kind of domestic and a kind of international public policy fails. Art. V, para 2 under b), of the abovementioned Convention refers clearly to cases where an award is contrary to public policy of the country where it shall be enforced” (*Yearbook Comm. Arb.* 1985, 421-3; ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes – International and English Law and Practice*, cit., pp. 428-429).

III. Angola aderiu recentemente à CNI. A reserva de ordem pública prevista no seu artigo V para o reconhecimento e execução aplica-se em relação às sentenças arbitrais estrangeiras desde que as arbitragens estejam sediadas nos países membros da CNI. Não existe jurisprudência publicada que permita elucidar como o Tribunal Supremo aplicaria o artigo V da CNI. Não existem razões plausíveis para que o entendimento do Tribunal Supremo angolano divirja da jurisprudência internacional. A exceção de ordem pública deve ser entendida de forma restrita, ou seja a ordem pública internacional do Estado angolano.

IV. No Direito brasileiro, o artigo 39.º da lei brasileira da arbitragem dispõe que: “A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que, segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; ou que a decisão ofenda a ordem pública nacional (...)”. Aplica-se, no Brasil, para homologação de sentença arbitral a ordem pública internacional¹³⁷⁷.

V. Em Espanha, o Supremo Tribunal afirmou várias vezes que, para homologação de uma sentença arbitral estrangeira, os tribunais espanhóis não devem conhecer ou rever a decisão de mérito, a não ser que haja necessidade de assegurar o respeito da ordem pública internacional do Estado espanhol¹³⁷⁸. Sobre a ordem pública internacional do Estado espanhol, o Supremo Tribunal entendeu que: “Com base no carácter constitucional que hoje é atribuído à ordem pública internacional da ordem jurídica espanhola incorporada em normas constitucionais (especialmente, *in casu*, o artigo 24 da Constituição e uma vez que no caso em questão se tratava de questões processuais) deve ter-se em conta o que constitui uma violação processual dessa natureza: a violação para ser relevante deve ser material, concreta e real (e, assim, não uma mera violação nominal ou formal). Estes requisitos claramente excluem a inatividade, passividade, falta de interesse ou negligência na actuação processual da parte que alega a violação”¹³⁷⁹. De acordo com uma sentença do Tribunal Superior de

¹³⁷⁷ JOSÉ A. FICHTNER; ANDRÉ L. MONTEIRO, “As causas de denegação da homologação da sentença arbitral estrangeira no Brasil”, in Fichtner; Monteiro (Coord.), *Temas de Arbitragem: 1ra série*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 327.

¹³⁷⁸ Veja-se: MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A ordem pública na arbitragem”, cit., p. 28.

¹³⁷⁹ Veja-se: MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A ordem pública na arbitragem”, cit., pp. 28-29.

Justiça de Murcia, datada de 13 de Junho de 2012: *“La imprecisión del concepto de orden público internacional y su falta de concreción nos conducen a afirmar que se trata de una materia eminentemente judicial porque su naturaleza no permite que se suministren al Juez las normas precisas y porque la necesidad específica de definirlo surge ante el caso concreto sometido a la decisión del Juez”*¹³⁸⁰.

VI. O § 1061 do ZPO remete a questão do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras para o regime da CNI. No Direito alemão, o conceito de ordem pública é de interpretação muito restrita, ainda que se trata de matérias internas. Em termos de conteúdo, a ordem pública não diverge do conceito de ordem pública internacional. A diferença é de grau, e não de substância. A ordem pública corresponde aos princípios fundamentais da lei alemã. Não se trata de todas as disposições imperativas da lei, mas apenas daquelas que protegem os valores fundamentais, basilares da organização pública e económica do país.

A violação da ordem pública corresponde a uma violação óbvia, gritante da tais princípios. Conforme refere STEFAN KRÖLL¹³⁸¹, *“The prevailing view is that foreign awards are, in this respect, subjected to the standard of German International public policy, which is even narrower than that of national public policy. However, in German law, due to its very narrow concept of national public policy, the distinction between national and international public policy is more one of degree than substantive”*. Relativamente à aplicação do artigo V, n.º 2, b) da CNI, aplica-se a ordem pública internacional. No caso concreto da Alemanha, a sua substância não diverge da ordem pública interna¹³⁸².

VII. No Direito belga¹³⁸³, nos termos do artigo 1721.º, §1, al. b), ii) do Código Judiciário, o tribunal de primeira instância apenas pode recusar o reconhecimento e a

¹³⁸⁰ STSJ Murcia [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 2/2012, de 28 de junio (AC 2012, 848); *apud* IGNACIO ESTEBAN MONASTERIO; DAVID GARCÍA BARTOLOMÉ; GILBERTO PÉREZ DEL BLANCO; LAURA VÁSQUEZ GÓMEZ-ESCALONILLA, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 252.

¹³⁸¹ STEFAN KRÖLL, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VIII: Recognition and Enforcement of Awards, § 1061 – Foreign Awards”, cit., pp. 486-487.

¹³⁸² STEFAN KRÖLL, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VIII: Recognition and Enforcement of Awards, § 1061 – Foreign Awards”, cit., p. 487.

¹³⁸³ Veja-se: DENIS PHILIPPE, “Modernisation of the Belgian law on arbitration”, in *DAOR*, 2014, Liv. 109, p. 20.

declaração de executoriedade da sentença arbitral quando estes forem contrários à ordem pública. De acordo com os Professores belgas KEUTGEN e DAL, é hoje admitido que a ordem pública, de acordo com o artigo V, n.º 2 da CNI, é a ordem pública internacional¹³⁸⁴.

VIII. No Direito suíço, o artigo 194.º da LDIP determina a aplicação da CNI. Este, por sua vez, deixa aos tribunais dos Estados membros o modo da sua interpretação e aplicação¹³⁸⁵. Segundo os Professores KAUFMANN-KOHLER e RIGOZZI¹³⁸⁶, muito poucas vezes o fundamento da recusa do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira baseado na ordem pública foi admitido na jurisprudência suíça. Na Suíça, afirmam, o conceito da ordem pública corresponde à “ordem pública atenuada”. Exemplificando, o Tribunal Federal entende que uma condenação ao pagamento de *punitive damages* não contraria a ordem pública suíça¹³⁸⁷. Ao contrário, uma fraude processual que influenciou a sentença constitui um fundamento de recusa do reconhecimento¹³⁸⁸. A ordem pública tem por única finalidade, afirmam os referidos autores, permitir ao juiz do *exequatur* verificar que o conteúdo da sentença é compatível com as concepções fundamentais do Estado do foro. Tem ainda uma dimensão processual que justifica o controlo do respeito das garantias fundamentais do processo que não relevam do artigo V, n.º 1, al. d) da CNI¹³⁸⁹.

¹³⁸⁴ GUY KEUTGEN; GEORGES-ALBERT DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, Tome II ..., p. 1072; ALBERT JAN VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, cit., p. 360.

¹³⁸⁵ O Tribunal Federal suíço entende que apenas as irregularidades que tocam a princípios fundamentais ou essenciais da ordem jurídica suíça e que firam de maneira intolerável a noção de justiça podem constituir fundamento de recusa de uma sentença arbitral estrangeira. A ordem pública internacional suíça, segundo o Tribunal Federal, num acórdão de 2001, “consiste no conjunto dos princípios fundamentais geralmente reconhecidos como tais, de tal modo que a sua não aplicação seria considerada contrária aos valores básicos comuns às nações civilizadas”. Num outro acórdão de 2008, afirmou que “a ordem pública, constituindo uma exceção, deve ser interpretada restritivamente, especialmente no domínio de decisões estrangeiras em que o seu campo de aplicação é relativo a direito estrangeiro”. Ainda em 2010, o Tribunal Federal afirmou que a violação da ordem pública internacional suíça deve traduzir-se numa ofensa ao sentimento nacional do Direito, pelo facto de disposições fundamentais ou essenciais da ordem jurídica suíça não terem sido observadas (Veja-se: MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A ordem pública na arbitragem” ..., p. 33).

¹³⁸⁶ G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 564, N. 900.

¹³⁸⁷ G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 564, N. 900.

¹³⁸⁸ G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 565, N. 903.

¹³⁸⁹ G. KAUFMANN-KOHLER; A. RIGOZZI, *Arbitrage international* ..., cit., p. 564, N. 899.

IX. No Direito inglês, de acordo com o artigo 103.º, n.º 3 do *Arbitration Act*: “*Recognition or enforcement of the award may also be refused if the award is in respect of a matter which is not capable of settlement by arbitration, or if it would be contrary to public policy to recognise or enforce the award*”. No caso *Westcare Investments v. Jugoimport-SDPR Holding Co Ltd* (1998)¹³⁹⁰, o Tribunal inglês considerou que uma diferença deveria ser estabelecida entre a “ordem pública interna” e a “ordem pública” tal como aplicada à execução das sentenças arbitrais internacionais.

X. O § 207 do *FAA* incorporou o artigo V da CNI. No caso *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de l’Industrie du Papier* (2d Cir. 1974)¹³⁹¹, o Juiz JOSEPH SMITH admitiu que o conceito de ordem pública deveria ser analisado de forma restrita, adoptando-se uma concepção supranacional. Assim, “*We conclude, therefore, that the Convention’s public policy defense should be construed narrowly. Enforcement of foreign arbitral awards may be denied on this basis only where enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice (...) Rather, a circumscribed public policy doctrine was contemplated by the Convention, meant to subscribe to this supranational emphasis*”¹³⁹².

1.4. Síntese comparativa e conclusiva

A aplicação do critério da ordem pública internacional, aceite na generalidade dos sistemas jurídicos em causa, para o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, revela uma manifestação do princípio do *favor arbitrandum*. Nalguns casos, trata-se de uma manifestação jurisprudencial (v.g. Espanha), noutros legal (v.g. em Portugal e França). A falta de motivação da sentença que é um requisito de ordem pública pode não integrar o círculo da ordem pública internacional, de tal modo que as sentenças arbitrais não motivadas possam ser reconhecidas e executadas no Estado do foro. ISMAIL SÉLIM¹³⁹³ faz uma correlação interessante entre a ordem pública internacional

¹³⁹⁰ ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes* ..., cit., p. 889.

¹³⁹¹ 508 F. 2d 969 (1974).

¹³⁹² GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 1252.

¹³⁹³ No dizer deste autor: “La consécration par la jurisprudence puis par le législateur (...) d’une conception de l’ordre public international qui se distingue de l’ordre public interne, quant à ses fonctions, son contenu et ses conséquences, est une manifestation d’une politique (...) de faveur envers l’arbitrage. Cet ordre public international *in favorem arbitrandum* est un régulateur de l’autonomie de l’arbitrage.

e o *favor arbitrandum*. A consagração legal e jurisprudencial de uma concepção da ordem pública internacional é uma manifestação de favorecimento em relação à arbitragem.

2. Ausência de revisão do mérito da sentença arbitral a ser reconhecida ao abrigo da CNI

I. De acordo com o artigo III da CNI, “Cada um dos Estados Contratantes reconhecerá a autoridade de uma sentença arbitral e concederá a execução da mesma nos termos das regras de processo adoptadas no território em que a sentença for invocada, nas condições estabelecidas [nos artigos seguintes]. Para o reconhecimento ou execução das sentenças arbitrais às quais se aplica a presente Convenção, não serão aplicadas quaisquer condições sensivelmente mais rigorosas, nem custas sensivelmente mais elevadas, do que aquelas que são aplicadas para o reconhecimento ou a execução das sentenças arbitrais nacionais”.

A primeira parte do artigo III da CNI obriga os Estados membros a reconhecer como obrigatórias e a fazer executar as sentenças arbitrais estrangeiras, seguindo-se as regras processuais do país em que a sentença for invocada. A segunda parte cerceia a actuação dos Estados ao determinar que não poderão impor “condições sensivelmente mais rigorosas, nem custas sensivelmente mais elevadas, do que aquelas que são aplicadas para o reconhecimento ou a execução das sentenças arbitrais nacionais”¹³⁹⁴.

D’une part, il favorise l’autonomie de la volonté, l’arbitrabilité et la finalité des sentences. D’autre part, il sauvegarde les règles et valeurs intangibles du for contre l’illicéité et les excès de l’autonomie. C’est en ayant le maintien de cet équilibre comme objectif que le juge et la doctrine devront poursuivre l’érection de cet édifice et la détermination de ses bordures. La consécration d’un tel ordre public international in favorem arbitrandum réalise des intérêts économiques propres au for. L’adoption de ce concept est un facteur d’attraction des opérateurs du commerce international vers ce for en tant que siège de l’arbitrage et hôte des investissements. Ce résultat souhaitable ne saurait se produire si les sentences arbitrales internationales encourent l’annulation ou le refus d’exécution pour des considérations purement internes. Cet ordre public international n’est pas uniquement substantiel. Il est aussi procédural. Il sauvegarde un noyau dur de principes directeurs du procès équitable et loyal, tout en les adaptant aux spécificités de l’arbitrage international. Evidemment, cette institution ne peut prospérer sans jouir d’une autonomie procédurale plus accentuée que celle de l’arbitrage interne, ce dernier étant plus rattaché au siège” (ISMAIL SÉLIM, *L’ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 501, N. 753).

¹³⁹⁴ ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *O Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, cit., p. 82; LUÍZ CLÁUDIO ABOIM, “A aplicação do artigo III da Convenção de Nova Iorque de 1958 no Brasil”, in *Arbitragem Comercial Internacional – A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*, Arnoldo Wald; Selma Ferreira Lemes (Coords.), Saraiva, 2014, pp. 141 e ss.

Como observa SAMPAIO CARAMELO¹³⁹⁵, “cabe (...) ao direito nacional do Estado em que se pede o reconhecimento da sentença regular o processo mediante o qual ele é concedido, sujeitando-se (...) às condições para o reconhecimento e execução estabelecidas da Convenção. Mas o disposto neste Artigo III não significa que o processo aplicável ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras com base na Convenção de Nova Iorque deva ser idêntico ao aplicável às sentenças internas (o que não seria necessariamente vantajoso para aquelas)”.

II. O artigo III da CNI reflete o *favor recognitionis* para a sentença arbitral sujeita ao reconhecimento. Conforme refere GARCÍA MARTÍNEZ¹³⁹⁶, “*del art. III del CNY se infiere el principio del favor recognitionis, que es, también, el que intenta propiciar la regla de compatibilidad que se establece en su art. VII con el objeto de permitir el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera en la mayor medida posible. Y asimismo, el de ausencia de revisión en cuanto al fondo, deducible de la imperativa exigencia a los Estados contratantes de reconocer la autoridad de la sentencia arbitral y conceder su ejecución, que solamente se podrá denegar, conforme al art. V, cuando la parte frente a la cual es invocada la resolución arbitral cuyo reconocimiento e ejecución se pretende alegue y pruebe alguna de las causas recogidas en su núm. 1, o cuando el tribunal del exequátur compruebe que, según la legislación de su propio país, la resolución se refiere a materia no considerada arbitrable o que dicho reconocimiento o ejecución serían contrarios a su orden público*”.

Uma posição minimalista defende que o princípio de proibição da revisão do fundo da causa implica que o que se deve controlar no laudo é o seu resultado, sem contestar o Direito que foi aplicado ao mérito da causa¹³⁹⁷. Quando se trata de matéria de ordem pública, apenas interessará saber se os árbitros tiveram consciência desse facto, não sendo necessário verificar se a examinaram correctamente¹³⁹⁸. O referido

¹³⁹⁵ ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *O Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, cit., p. 82.

¹³⁹⁶ ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ, “El control postarbitral del laudo extranjero – El convenio de Nueva York – Y la causal de orden público”, in *VIII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2015, p. 37.

¹³⁹⁷ ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ, “El control postarbitral del laudo extranjero – El convenio de Nueva York – Y la causal de orden público”, cit., p. 38.

¹³⁹⁸ ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ, “El control postarbitral del laudo extranjero – El convenio de Nueva York – Y la causal de orden público”, cit., p. 38; O Supremo Tribunal de Justiça brasileiro, em Acórdão datado de 17 de Maio de 2006, afirmou que “O controle judicial da sentença arbitral estrangeira está limitado a aspectos de ordem formal, não podendo ser apreciado o mérito do arbitramento”

princípio de proibição da revisão do fundo da causa implica também o afastamento do exame da motivação da sentença arbitral¹³⁹⁹.

A posição maximalista, ao contrário, propõe que, tratando-se de matérias que respeitam à ordem pública, o juiz estadual deva controlar se efectivamente os princípios de ordem pública ou as normas internacionais imperativas de importância transcendental para o foro foram respeitados, mediante o exame de todos os elementos de facto e de Direito que permitam constatar se realmente os mesmos foram aplicados ou não¹⁴⁰⁰. O que implica o controlo, não apenas do resultado da sentença arbitral, mas também da sua motivação¹⁴⁰¹.

3. Reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede

3.1. Posição do problema

A importância da sede da arbitragem é inequívoca em matéria de arbitragem. As jurisdições da sede desempenham um papel importante como jurisdições de apoio aos tribunais arbitrais. As convenções internacionais sobre arbitragem reservaram um lugar de destaque à sede da arbitragem. Em matéria de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, a Convenção de Genebra de 1927 relativo à Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras determinou claramente sobre a matéria a recusa do reconhecimento daquelas quando fossem anuladas no país em que fossem proferidas. O artigo 2.º da Convenção de Genebra de 1927 afirma que “*Even if the conditions laid down in Article 1 hereof are fulfilled, recognition and enforcement of the award shall be refused if the Court is satisfied: (a) That the award has been annuled in the country in which it was made (...)*”.

(“Jurisprudência brasileira referente à convenção de Nova Iorque”, in Arnaldo Wald; Selma Ferreira Lemes (Coords), *Arbitragem Comercial Internacional – A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*, Editora Saraiva, 2014, p. 394).

¹³⁹⁹ ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ, “El control postarbitral del laudo extranjero – El convenio de Nueva York – Y la causal de orden público”, cit., p. 38.

¹⁴⁰⁰ ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ, “El control postarbitral del laudo extranjero – El convenio de Nueva York – Y la causal de orden público”, cit., p. 38.

¹⁴⁰¹ ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ, “El control postarbitral del laudo extranjero – El convenio de Nueva York – Y la causal de orden público”, cit., p. 38.

A evidência é o não reconhecimento ou execução num país estrangeiro de uma sentença anulada, por qualquer motivo, no país da sede¹⁴⁰². A Convenção de Nova Iorque gerou dúvidas quanto a esse regime. O artigo V, n.º 1, e) da CNI começa por admitir a possibilidade da recusa do reconhecimento quando a sentença arbitral não se tornou ainda obrigatória para as partes. O carácter obrigatório da sentença diverge da sua definitividade¹⁴⁰³.

Mas, o que é uma sentença obrigatória? Será que a obrigatoriedade da sentença depende da lei do país de origem ou deve ser objecto de uma interpretação autónoma? Uma orientação dominante aponta no sentido de que a sentença deva ser considerada como obrigatória desde que não seja susceptível de recurso ordinário que vise uma nova apreciação do mérito da causa¹⁴⁰⁴. Nesta lógica, a acção de anulação intentada no país da sede ou de origem não põe em causa o carácter obrigatório da sentença. De igual modo, o facto de não ter sido desencadeado um procedimento de *exequatur* não retira à sentença o seu carácter obrigatório¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰² In *Arbitration Report of the International Chamber of Commerce*, n.º 8 (suplemento do “Journal of International Chamber of Commerce”, n.º 14), julho de 1927, p. 4. Biblioteca ICC; *apud* ADRIANA BRAGHETTA, *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*, cit., p. 44.

¹⁴⁰³ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Vol. III, cit., p. 3608; PIERO BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè Editore, 2000, p. 232.

¹⁴⁰⁴ NÁDIA DARWAZEH, “Article V(1)(e)”, in HERBERT KRONKE; PATRICIA NACIMIENTO, *et al.* (eds), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010, pp. 311-312: “A number of commentators have been in favor of the idea that ‘binding’ has a specific, autonomous meaning under the Convention and have offered various possible interpretations. In civil law systems, there is a distinction between ordinary and extraordinary means of recourse. Generally, ordinary means of recourse connote a genuine appeal on the merits, whereas extraordinary means of recourse are reserved for certain procedural irregularities. One view of the word ‘binding’ is based on this distinction. Pursuant to this view, a binding award is an award that cannot be the subject of ordinary recourse proceedings – that is, those where the substance of the award has been reviewed – even though it may still be the subject of extraordinary recourse, such as actions to set aside. Another view holds that an award should only rarely be considered non-binding. Under this approach, an award that is not enforceable in its country of origin can still be binding for the purposes of the Convention, and an award is non-binding only if the arbitral proceedings themselves provide that it is not binding (that is, the award may still be appealed to a higher instance arbitral tribunal), or the award itself provides that it is not binding (that is, the award is conditioned on the occurrence of certain future events) (...) In general, the autonomous interpretation holds that an award can be deemed ‘binding’ for the purposes of Article V(1)(e) as soon as it is no longer possible to lodge a genuine appeal on the merits to a second arbitral instance or court in those cases where such means of recourse are available”.

¹⁴⁰⁵ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 609, N. 994: “Plusieurs interprétations de ce terme ont donc été proposées. Pour certains, le caractère obligatoire de la sentence, au regard de la disposition précitée, est apprécié selon la loi de l’Etat où elle a été rendue; pour d’autres, la notion est autonome. C’est, semble-t-il, cette dernière interprétation qui est aujourd’hui la plus largement partagée en droit comparé: la sentence est obligatoire, de sorte que sa reconnaissance et son exécution ne pourront alors être refusées sur le fondement de l’article V.1.e. de la Convention de New York, si elle n’est plus susceptible d’une voie de recours ordinaire, c’est-à-dire si elle ne peut plus être infirmée sur le fond. Il faut ajouter que, dans tous les cas,

O Professor LIMA PINHEIRO¹⁴⁰⁶ defendeu num primeiro momento que a decisão devia ser considerada obrigatória quando vinculasse as partes, como acto jurisdicional, segundo a lei do país da sede. Veio posteriormente a alterar essa posição concordando com a posição maioritária, uma vez que da análise dos trabalhos preparatórios da CNI não resulta, segundo refere, que o reconhecimento e a execução devam depender da eficácia da decisão segundo a lei do país de origem.

Para o Professor MOURA VICENTE¹⁴⁰⁷, serão obrigatórias as sentenças que possam ser executadas segundo a lei do país em que, ou segundo a lei do qual, foram proferidas. No seu dizer, haveria que reconhecer aqui uma “autonomia mitigada”. Ou seja, por um lado, não é necessário que a sentença tenha sido objecto de um *exequatur*; por outro, só nos casos em que o recurso tenha um efeito meramente devolutivo é que se deve considerar a sentença como obrigatória. Caso contrário, não será obrigatória. Aparentemente, se o recurso tiver um efeito suspensivo, configurará a segunda hipótese de recusa do reconhecimento prevista no artigo V, n.º 1 e) da CNI, ou seja, da decisão suspensa no seu país de origem.

Nos termos do artigo V da CNI, o reconhecimento e a execução *podem* ser recusados pelo juiz do país de reconhecimento se a sentença foi anulada no seu país de origem. A convenção não utilizou a expressão “*shall*” ou “*must*”. Com efeito, na versão original em inglês, o artigo V, n.º 1 e) determina que “*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and*

la sentence n’est pas considérée comme n’étant pas obligatoire simplement parce qu’un recours en annulation demeure ouvert à son encontre dans l’État d’origine ou parce qu’aucune procédure d’exequatur n’y a été engagée. L’annulation de la sentence prononcée dans l’État dans lequel elle a été rendue constitue une autre cause de refus d’exequatur sur le fondement du texte précité, sauf dans les pays qui, comme la France, considèrent qu’il convient de faire application de leur droit, plus favorable, parce qu’il ne prévoit pas cette clause de refus d’exequatur. Quant à la suspension de la sentence, elle ne constitue un motif de refus de reconnaissance et d’exécution que si elle est décidée par une autorité du siège. Ainsi, le simple effet suspensif attaché, le cas échéant, au délai de recours ou à l’exercice d’un recours dans l’État où la sentence a été rendue ne devrait pas effacer son exequatur dans un autre État contractant”.

¹⁴⁰⁶ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional ...*, cit., pp. 305-306; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “O reconhecimento de decisões arbitrais ‘estrangeiras’ ao abrigo da Convenção de Nova Iorque – Perspectiva actual”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, p. 682; veja-se também: MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, “A Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 relativa ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras”, in *Revista Jurídica*, n.º 20, 1996, pp. 37-71; Veja-se: ELSA DIAS OLIVEIRA, “Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2012, pp. 86-87.

¹⁴⁰⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, in D. MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, cit., p. 172.

enforcement is sought proof that: (...) (e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made". Como se nota, a decisão de anulação da sentença arbitral no país onde foi proferida não é reconhecida. Trata-se do país considerado como sede da arbitragem.

A Convenção Europeia de 1961 inovou ao reduzir os efeitos internacionais da anulação da sentença arbitral. Apenas podem ser recusados o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral se os motivos de anulação se relacionarem com os 4 primeiros fundamentos de anulação referidos pela CNI.

Nos termos do seu artigo IX (*Setting aside of the arbitral award*):

"1. The setting aside in a Contracting State of an arbitral award covered by this Convention shall only constitute a ground for the refusal of recognition or enforcement in another Contracting State where such setting aside took place in a State in which, or under the law of which, the award has been made and for one of the following reasons:

- (a) the parties to the arbitration agreement were under the law applicable to them, under some incapacity or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made, or ,*
- (b) the party requesting the setting aside of the award was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or,*
- (c) the award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration need not be set aside;*
- (d) the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or failing such agreement, with the provisions of Article IV of this Convention.*

2. In relations between Contracting States that are also parties to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10th June 1958, paragraph 1 of this Article limits the application of Article

V(1)(e) of the New York Convention solely to the cases of setting aside set out under paragraph 1 above”.

Este texto da Convenção de 1961 não fez unanimidade no seio da doutrina. Uma parte dela considerou que a supremacia do juiz da sede da arbitragem sobre os juizes dos países de execução da sentença já não era absoluta quando fossem chamados a anular uma sentença arbitral. Por conseguinte, a solução da Convenção de 1961 representava uma fonte de estabilidade da sentença arbitral e de desenvolvimento da arbitragem internacional.

Outros autores alertavam para a desarmonia no sistema do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, sendo possível a anulação de uma sentença num determinado país com o consequente não reconhecimento nalguns países signatários da CNI, mas não signatários da Convenção de 1961¹⁴⁰⁸. Nos países signatários da Convenção de 1961, a mesma sentença anulada poderia ser reconhecida¹⁴⁰⁹. MATTHIEU DE BOISSÉSON¹⁴¹⁰ afirma existir na Convenção de 1961 uma certa deslocalização da arbitragem porque a sede da arbitragem já não tem a mesma influência.

A Lei-Modelo da CNUDCI (1985, 2006) veio reiterar o papel de relevo da sede da arbitragem, ao conformar o seu artigo 36.º, n.º 1 ao texto da Convenção de Nova Iorque. Nele dispõe-se: “*1. Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only: (...) (v) the award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the country in which, or under the law of which, that Award was made (...)*”.

¹⁴⁰⁸ ADRIANA BRAGHETTA, *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*, cit., p. 71.

¹⁴⁰⁹ “Por outro lado, Van den Berg minimiza os efeitos da Convenção Européia ao dizer que só um caso foi resolvido com base na aplicação do art. IX, o caso Radenska, ao passo que importantes países da Europa optaram por não ratificá-la, como a Inglaterra, Suíça, Suécia e Holanda, ou seja, tem a Convenção um âmbito limitado de aplicação, apesar de estar aberta para assinatura e ratificação por todos os países membros das Nações Unidas” (ADRIANA BRAGHETTA, *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*, cit., p. 71); Veja-se também: JEAN ROBERT, “La Convention Européenne sur l’arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961, in *Recueil Dalloz*, chronique, 1961, p. 181; HAMID G. GHARAVI, *The international effectiveness of the annulment of an Award*, Holanda, Kluwer Law International, 2002, pp. 127 e ss.; A. J. VAN DEN BERG, “Exécution d’une sentence arbitral en dépit de son annulation?”, in *Bulletin de la Cour internationale d’arbitrage de la CCI*, vol. 9, n.º 2, novembre 1998, p. 20.

¹⁴¹⁰ MATTHIEU DE BOISSÉSON, *Le droit français de l’arbitrage commercial*, cit., p. 455.

3.2. Emergência e afirmação da tese autonomista da arbitragem internacional

3.2.1. A doutrina francesa¹⁴¹¹

Após o fim da Segunda Guerra Mundial e com o desenvolvimento das relações económicas internacionais, vários autores franceses procuraram a forma de alcançar um mecanismo eficaz de resolução de litígios do comércio internacional e assegurar um reconhecimento célere das sentenças arbitrais internacionais. Na sequência da adopção da Convenção de Nova Iorque de 1958, a teoria autonomista francesa encontrou, segundo os seus autores, a sua base de sustentação. Reconheceu-se a primazia da vontade das partes à lei da sede.

JEAN ROBERT¹⁴¹², em 1958, foi um dos defensores da teoria autonomista. Segundo este autor, constava na Convenção de Nova Iorque o fundamento da doutrina autonomista no plano internacional, ao reconhecer a primazia da vontade das partes à lei da sede. O autor afirma alto e em bom som que *“C’est cela dont se sont avisés avec une très large majorité les plénipotentiaires de New York et qui les a amenés à donner à la convention la primauté absolue, la loi n’intervenant que dans le silence (rare) de la convention, afin seulement de ne pas laisser la sentence sans support procédural. De cela, il découle donc désormais, sur le plan international au moins, le droit de l’arbitrage est non plus légal mais réglementaire”*¹⁴¹³.

O Professor BERTHOLD GOLDMAN¹⁴¹⁴, na sua aula à Academia de Direito Internacional de Haia, em 1963, salientou o facto de que, em inúmeras situações, a sede da arbitragem não tem nenhum vínculo com o objecto do litígio, ou porque os árbitros fixaram o lugar da arbitragem em função das suas conveniências pessoais, ou porque as partes ou a instituição da arbitragem designada, escolheram deliberadamente um lugar de arbitragem “neutro”. Interroga-se então do porquê da aplicação das normas

¹⁴¹¹ ADRIANA BRAGHETTA, *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*, cit., pp. 77-79.

¹⁴¹² JEAN ROBERT, “La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales”, in *Recueil Dalloz*, chronique, 1958, p. 227.

¹⁴¹³ JEAN ROBERT, “La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales”, cit., p. 227.

¹⁴¹⁴ BERTHOLD GOLDMAN, “Les conflits de Lois dans l’arbitrage international de Droit prive”, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tome 109, II, 1963, pp. 372-373; MIGUEL GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, cit., p. 62.

processuais da sede ou das suas regras de conflito não havendo vínculo objectivo com o mérito da causa¹⁴¹⁵.

O Professor PHILIPPE FOUCHARD¹⁴¹⁶, em 1965, comentando os trabalhos da Convenção Europeia de 1961 já defendia a ideia de que a decisão anulatória da sede não devia ter efeitos internacionais absolutos. Em 1998, este autor vai mais longe na defesa da possibilidade do reconhecimento de uma decisão anulada no país da sede, sugerindo até a supressão total do recurso de anulação no lugar da sede, passando o controlo para a lei do lugar da execução por falta de interesse e utilidade¹⁴¹⁷: “*pourquoi annuler une sentence si elle n’a pas à être exécutée dans ce pays? Et pourquoi l’annuler si cette annulation n’a pas d’effet à l’étranger? N’est-il pas déraisonnable, en l’état actuel du droit international privé, qu’un juge étatique veuille ou puisse dicter aux autres pays leur attitude à l’égard d’une sentence, qui n’est après tout qu’un acte juridique privé?*”¹⁴¹⁸ O mesmo autor, convidado para apresentar as conclusões do Congresso do ICCA, realizado em Paris no dia 6 de Maio de 1998, com o objectivo de analisar as vias a seguir para se aumentar a eficácia internacional das sentenças arbitrais, sugeriu uma “revolução” no sentido de reduzir o papel da lei e do juiz da sede da arbitragem, isto é, deixar de considerar como “nacionais” as sentenças de que se pretende assegurar a eficácia “internacional”¹⁴¹⁹.

¹⁴¹⁵ Assim: “Dans un litige entre une entreprise française et une entreprise italienne, l’arbitrage se déroulera fréquemment en Suisse, alors que les rapports juridiques litigieux auront sans doute des points de rattachement avec le milieu économique français et italien, ou éventuellement avec celui d’un pays tiers, qui ne sera plus probablement la Suisse que tout autre. On ne voit pas alors – à défaut bien entendu, d’une volonté des parties clairement exprime – quels titres le droit international privé et le droit judiciaire privé suisse auraient à intervenir dans un tel litige. (...) un tel rattachement ignore en effet les deux caractères fondamentaux de l’arbitrage international, puisqu’il traite comme une procédure étatique, et comme une procédure purement interne” (BERTHOLD GOLDMAN, “Les conflits de Lois dans l’arbitrage international de Droit privé”, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 109, II, 1963, pp. 372-373).

¹⁴¹⁶ ADRIANA BRAGHETTA, *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*, cit., p. 76; PHILIPPE FOUCHARD, *L’arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 42 e ss..

¹⁴¹⁷ ADRIANA BRAGHETTA, *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*, cit., p. 186.

¹⁴¹⁸ PHILIPPE FOUCHARD, “Suggestions pour accroître l’efficacité internationale des sentences arbitrales”, cit., pp. 663 e 665; veja-se também: PHILIPPE FOUCHARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, in *Revue de l’arbitrage*, 1997, n.º 3, pp. 350-351.

¹⁴¹⁹ PHILIPPE FOUCHARD, “Suggestions pour accroître l’efficacité internationale des sentences arbitrales”, cit., p. 653.

Vários outros autores franceses, como os Professores EMMANUEL GAILLARD¹⁴²⁰ e ÉRIC LOQUIN¹⁴²¹, defenderam a doutrina da deslocalização total. Para este último, o juiz da sede não pode decidir para o mundo inteiro a sorte da sentença. Para além do argumento convencional resultante da interpretação dos artigos V e VII da CNI, são razões de oportunidade que sustentam essa visão, ou seja a necessidade de conferir maior eficácia internacional às sentenças arbitrais¹⁴²².

3.2.2. O artigo VII, n.º 1 da CNI: *the “Trump card”*¹⁴²³

I. Nos termos do artigo VII, n.º 1 da CNI, as suas disposições não prejudicam a validade dos acordos bilaterais ou multilaterais celebrados pelos Estados contratantes em matéria de reconhecimento e de execução de sentenças arbitrais, nem prejudicam o direito de invocar a sentença arbitral que qualquer das partes interessadas possa ter nos termos da lei ou dos tratados do país em que for invocada.

De acordo com o Professor VAN DEN BERG¹⁴²⁴, o n.º 1 do artigo VII contém duas disposições. A primeira é a de que a Convenção de Nova Iorque não afecta a validade de outros tratados no domínio da arbitragem: *compatibility provision*. A segunda determina a liberdade de uma parte de fundamentar o seu pedido de execução da decisão arbitral na lei doméstica relativa à execução das decisões arbitrais estrangeiras ou noutros tratados, ao invés da Convenção de Nova Iorque. Esta segunda previsão é designada *more-favourable-right provision (mfr-provision)*¹⁴²⁵.

¹⁴²⁰ EMMANUEL GAILLARD, “L’exécution des sentences annulées dans leur pays d’origine”, in *Journal de Droit International*, N.º 3, 1998, p. 645.

¹⁴²¹ Veja-se: RANA CHAABAN, “La reconnaissance des sentences arbitrales annulées dans le pays du siège: émergence d’un ordre juridique arbitral?”, in *L’arbitrage détaché des lois étatiques*, Actes du colloque du Mans – 15 décembre 2011, Rana Chaaban (Dir.), Éditions L’epitoge-Lextenso, 2012, p. 86.

¹⁴²² RANA CHAABAN, “La reconnaissance des sentences arbitrales annulées dans le pays du siège: émergence d’un ordre juridique arbitral?”, cit., pp. 86-87.

¹⁴²³ Expressão usada por Marike Paulsson. Veja-se: MARIKE R. P. PAULSSON, *The 1958 New York Convention in Action*, Kluwer Law International, 2016, p. 233.

¹⁴²⁴ ALBERT JAN VAN DEN BERG, “The New York Convention of 1958: An Overview”, cit., p. 66.

¹⁴²⁵ É também entendido que o art. VII da CNI permite em sede de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras admitir a validade da convenção arbitral oral se for admissível no país do reconhecimento. “The concept of an (unwritten) arbitration agreement promotes the favor arbitrandum trend strived for in Belgium. It is accepted that the ‘more favourable law provision’ in article VII of the New York Convention effectively allows Belgian law to deviate from the stricter writing requirement stipulated in Article II of the New York Convention” (CAROLINE VERBRUGGEN, “Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter II: Article 1681”, cit., p. 83).

Para o referido autor¹⁴²⁶, a *ratio* desta disposição é clara: “*The rationale underlying the mfr-provision is that the New York Convention is aimed at facilitating recognition and enforcement of foreign arbitral awards; if domestic law or other treaties make recognition and enforcement easier, that regime can be relied upon. It may be added that a few countries have a separate statutory regime for the enforcement of foreign arbitral awards. In a number of other countries such a regime is developed by case law*”.

O artigo VII é uma das disposições mais importantes da CNI, prevendo o denominado princípio da máxima eficácia (*principle of maximum effectiveness*)¹⁴²⁷, o qual permite que, em prol da efectividade da arbitragem, prevaleça a aplicação da lei interna ou tratado que seja mais favorável, tanto para o reconhecimento e execução da sentença arbitral, como para imprimir validade e eficácia à convenção de arbitragem¹⁴²⁸. Está refletido no artigo VII, n.º 1 o *favor recognitionis*¹⁴²⁹.

Como observa a doutrina¹⁴³⁰, a regra do tratamento mais favorável tem um efeito limitado quando o Direito nacional relativo ao reconhecimento e execução de sentenças adopte soluções muito próximas das que foram consagradas pela CNI. Tal regra não terá nenhum efeito se o Direito nacional remeter pura e simplesmente para a CNI em matéria de *exequatur* das sentenças. A mesma opinião é partilhada pelo Professor JOÃO BOSCO LEE¹⁴³¹ para quem “este princípio tem (...) efeitos limitados,

¹⁴²⁶ ALBERT JAN VAN DEN BERG, “The New York Convention of 1958: An Overview”, cit., p. 66; PIERO BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè Editore, 2000, p. 236.

¹⁴²⁷ ADRIANA BRAGHETTA; SELMA FERREIRA LEMES, “O artigo VII da Convenção de Nova Iorque”, in ARNOLDO WALD; SELMA FERREIRA LEMES, *Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*, Editora Saraiva, 2011, p. 315; veja-se também: CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO, “Ratificação da Convenção sobre o Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras”, in *Estudos de Arbitragem*, Juruá Editora, 2008, p. 398; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Art. 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables”, cit., p. 907; VELASCO, RICARDO YÁÑEZ, *Comentários a la nueva Ley de Arbitraje*, Valencia, 2004, p. 1028; REINMAR WOLFF, *New York Convention – Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 Commentary*, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2012, pp. 448-490; MARIKE R. P. PAULSSON, *The 1958 New York Convention in Action*, cit., pp. 157-216.

¹⁴²⁸ ADRIANA BRAGHETTA; SELMA FERREIRA LEMES, “O artigo VII da Convenção de Nova Iorque”, cit., p. 315.

¹⁴²⁹ TOSHIYUKI KONO; PAULIUS JURCYS, “General Report”, in TOSHIYUKI KONO, *Intellectual property and private international law: comparative perspectives*, Oxford and Portland, Oregon, 2012, p. 201, nota de rodapé n.º 869.

¹⁴³⁰ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 902.

¹⁴³¹ JOÃO BOSCO LEE, “A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito brasileiro de Arbitragem”, in *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam*, Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins (Coord.), Editora Atlas, São Paulo, 2007, p. 186.

pois as Convenções internacionais têm adoptado o artigo V da Convenção de Nova Iorque, assim como diversos países simplesmente incorporaram este dispositivo nas suas legislações de arbitragem.

II. O artigo VII, n.º 1 da CNI é uma disposição aplicável *ex officio* de tal modo que o juiz chamado a aplicar a sua *lex fori* deverá ter em conta a *ratio* da convenção, a qual favorece o reconhecimento.

III. Em França e nos Estados Unidos da América, os casos *Norsolor*¹⁴³², *Polish Ocean Line*¹⁴³³, *Hilmarton*¹⁴³⁴, *Chromalloy*¹⁴³⁵, *Putrabali*¹⁴³⁶, *Pemex*¹⁴³⁷ e *Thai-Lao Lignite*¹⁴³⁸ que analisaremos na segunda parte deste estudo suscitaram a questão da

¹⁴³² EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., p. 914, N. 1595.

¹⁴³³ POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 901, N. 927; *Comparative Law of International Arbitration*, p. 848, N. 927.

¹⁴³⁴ EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., p. 914, N. 1595.

¹⁴³⁵ EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., pp. 915-916, N. 1595.

¹⁴³⁶ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., pp. 834-835. Para VAN DEN BERG, “The French theory is based on the view that the place of arbitration is legally irrelevant for international arbitration. With a fair measure of inconsistency, the French theory only applies to awards rendered inside France in an international arbitration, the place of arbitration is legally relevant. Such an Award is subject to the provisions contained in Articles 1492-1507 of the French Code of Civil Procedure. Article 1504 provides: ‘The action for setting aside is available against awards rendered in France in international arbitration, on the grounds of Article 1502’ (emphasis added). If it is believed that the place of arbitration is legally irrelevant, and if no effect is given to the annulment of an award made outside France in an international arbitration, it is illogical to provide for the possibility of setting aside an award rendered in France in an international arbitration. The refusal of enforcement in France (Article 1502) would have sufficed. What is sauce for the goose is also sauce for the gander. Considering this situation, a foreign court will be confused: what should it do with an award rendered in France in an international arbitration that has been set aside under Article 1504?” (ALBERT JAN VAN DEN BERG, “Enforcement of Annulled awards?”, in *The ICC International Court of Arbitration*, Bulletin, Vol. 9, N.º 2, Nov. 1998, p. 17).

¹⁴³⁷ EMMANUEL GAILLARD, “La vision américaine des sentences annulées au siège (Observations sur les arrêts Pemex et Thai-Lao Lignite de la Cour d’appel fédérale du 2^e Circuit des 2 août 2016 et 20 juillet 2017)”, in *Revue de l’arbitrage*, 2017, N.º 4, pp. 1149-1151.

¹⁴³⁸ EMMANUEL GAILLARD, “La vision américaine des sentences annulées au siège (Observations sur les arrêts Pemex et Thai-Lao Lignite de la Cour d’appel fédérale du 2^e Circuit des 2 août 2016 et 20 juillet 2017)”, cit., pp. 1151-1153.

aplicabilidade do artigo V, 1), e) da CNI¹⁴³⁹ em face do seu artigo VII, n.º 1¹⁴⁴⁰ (aplicação da lei mais favorável à validade)¹⁴⁴¹. O artigo VII da CNI permitiria o afastamento das disposições do seu artigo V¹⁴⁴².

3.3. Direitos nacionais

Podemos aqui distinguir entre:

a) As legislações que não dispõem expressamente sobre o fundamento da recusa do reconhecimento (e execução) da sentença arbitral estrangeira com base no seu carácter não obrigatório, da sua anulação ou suspensão, devendo aplicar-se o regime previsto da CNI

I. No Direito angolano, a LAV nada prevê acerca da recusa do reconhecimento (e execução) da sentença arbitral estrangeira com base no seu carácter não obrigatório, da sua anulação ou suspensão. Entendemos que, em bom rigor, se deve aplicar o regime previsto no artigo V, n.º 1 da CNI.

¹⁴³⁹ PETER BINDER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, cit., p. 424: “For many years a possible weakness of art. V, 1), e) of the Convention has been pointed out: it was feared that an award that was set aside in the country of origin – while not being enforceable in the state of origin – could still be enforced in another country due to the discretion awarded by the Convention (‘recognition and enforcement may be refused’). While remaining as a purely academic scenario for many years, the *Hilmarton* and *Chromalloy* cases gave the discussion immediate practical relevance”.

¹⁴⁴⁰ Soc. Denysiana vs. Soc. Jassica. Tribunal Fédéral Suisse, 1^a Corte Cível, *Revue Critique de Droit International Privé*, n.º 3, 1985, pp. 551-553. Sumário: “Convenção de New York de 10 de Junho de 1958 – Sentença Arbitral – Exequatur – 1º Conflito com Tratado Franco-Suíço de 15 de Junho de 1869 – Regra da máxima eficácia – Aplicação de disposições mais favoráveis – 2º Contrariedade com as disposições mais favoráveis do Novo Código de Processo Civil – Mesma solução” (Tradução livre das autoras), *apud* ADRIANA BRAGHETTA; SELMA FERREIRA LEMES, “O artigo VII da Convenção de Nova Iorque”, cit., p. 317, nota de rodapé n.º 2; PETER BINDER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, cit., p. 424.

¹⁴⁴¹ “L’article VII.1 de la Convention de New York consacre la règle du traitement plus favorable lorsqu’il prévoit que ‘les dispositions de la présente convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d’exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu’elle pourrait avoir de se prévaloir d’une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée’. Ainsi, lorsque la législation d’un État requis, ou une convention internationale applicable, est plus favorable à la reconnaissance ou à l’exécution de la sentence que ne l’est la Convention de New York, cette législation ou ce traité prévaut”.

¹⁴⁴² ABDELATIF BOULAF, “L’exécution des sentences internationales annulées dans leur État d’origine”, in *Vers une ‘lex mediterranea’ de l’arbitrage*, Filali Osman; Lofti Chedly (Dir.), Bruylant, 2015, p. 369.

b) As legislações que remetem expressamente a questão do fundamento da recusa do reconhecimento (e execução) da sentença arbitral estrangeira com base no seu carácter não obrigatório, da sua anulação ou suspensão para a CNI

II. No Direito alemão, o § 1061 do ZPO dispõe que o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras serão feitos de acordo com a CNI. A jurisprudência alemã não sufraga a doutrina do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas no país de origem. O Tribunal Regional Superior de Rostock¹⁴⁴³ negou, em 1999, a execução de uma sentença arbitral proferida pela *Maritime Arbitration Commission* em Moscovo, por ter sido anulada por um tribunal de primeira instância russo. A decisão de anulação havia sido mantida pelo Tribunal de Apelação. Para o Tribunal alemão, a sentença arbitral não podia ser considerada como sendo obrigatória na medida em que havia sido anulada por um tribunal estrangeiro competente.

III. No Direito suíço, o artigo 194 da LDIP remete a questão do reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras para o regime da Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958. Nele se prevê que “*La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères sont régies par la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères*”. Para uma parte da doutrina suíça¹⁴⁴⁴, o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas no país da sede pode ser admitida quando os motivos de anulação não se reportam ao previsto no artigo V da CNI ou quando a anulação denota um abuso de poder manifesto por parte do juiz da sede.

c) As legislações que omitiram expressamente o fundamento da recusa de sentença arbitral estrangeira com base no carácter não obrigatório, da sua anulação ou suspensão, dispondo de um regime mais favorável em relação ao previsto pelo artigo V, n.º 1 da CNI

¹⁴⁴³ OLG Rostock, j. 28.10.99, in *ICCA Yearbook Commercial Arbitration*, XXV, 2000, p. 717; DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado* ..., cit., p. 355.

¹⁴⁴⁴ KAUFMANN-KOHLER; RIGOZZI, *Arbitrage International* ..., cit., p. 563, N. 896.

IV. O CPC francês não contém nenhum fundamento de recusa do *exequatur* baseado no facto de a sentença não se ter tornado ainda obrigatória, ter sido anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país no qual, ou ao abrigo da lei do qual, a sentença foi proferida. Trata-se, de acordo com a doutrina e a jurisprudência francesas, de uma legislação muito favorável ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras ¹⁴⁴⁵. Tal omissão reforça a legitimidade do reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no seu país de origem.

d) As legislações que prevêm expressamente o fundamento da recusa do reconhecimento (e execução) da sentença arbitral estrangeira com base no seu carácter não obrigatório, da sua anulação ou suspensão

V. O legislador português cuidou de tratar da questão que nos ocupa na alínea v) do n.º 1 do artigo 56.º da LAVP. Nos seus termos, o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral proferida numa arbitragem localizada no estrangeiro podem ser recusados a pedido da parte contra a qual a sentença for invocada, se essa parte fornecer ao tribunal competente ao qual é pedido o reconhecimento ou a execução a prova de que “a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por um tribunal do país no qual, ou ao abrigo da lei do qual, a sentença foi proferida”. Por conseguinte, está explícita na lei portuguesa a recusa do reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede.

VI. Nos termos do actual artigo 1721.º, § 1, a), v) do Código Judiciário belga, o Tribunal de primeira instância pode recusar o reconhecimento e a declaração de executoriedade de uma sentença arbitral, seja qual for o país onde for proferida, quando “(...) *la sentence n’est pas encore devenue obligatoire pour les parties, ou a été annulée*

¹⁴⁴⁵ Segundo MARÍA BEATRIZ BURGHEITO, “La législation française est (...) la plus favorable à l’exequatur des sentences arbitrales rendues à l’étranger ou rendues en France en matière d’arbitrage international, puisqu’elle ne contient pas de motif de refus base sur l’absence de capacité d’une des parties à l’arbitrage (art. V.1. (a) de la Convention) ni celui base sur le fait que la sentence n’est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d’après la loi duquel, la sentence a été rendue (art. V.1(e) de la Convention)” (MARÍA BEATRIZ BURGHEITO, “Regards croisés sur la reconnaissance et l’exequatur de sentences arbitrales étrangères ou internationales en France et dans les pays de l’Amérique du Sud”, in *Codification du droit privé et évolution du droit de l’arbitrage*, Bénédicte Fauvarque-Cosson; Diego P. Fernández Arroyo; Joël Monéger (Dir), Société de Législation Comparée, 2014, p. 165).

ou suspendue par un tribunal du pays dans lequel ou en vertu de la loi duquel elle a été rendue”.

VII. No Direito inglês, o artigo 103, (2), (f) do *Arbitration Act* dispõe sobre a recusa do reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira anulada. Nos termos do referido artigo: *“Recognition or enforcement of the award may be refused if the person against whom it is invoked proves – (...) (f) that the award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, it was made”.*

Os tribunais ingleses não aderem à teoria da arbitragem deslocalizada. No entanto, são adoptadas posições que deixam transparecer a possibilidade do reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país onde foram proferidas. No caso *Apis AS v. Fantazia Kereskedelmi KFT*, o juiz JACK do *Commercial Court* afirmou: *“I should point out, though, that I am not of course deciding that the award should not be enforced in Slovakia. That will be a decision of the courts of Slovakia. I will, however, be providing a ground under art. V of the Convention which a Slovakian court might adopt as a reason for not enforcing the award”*¹⁴⁴⁶.

VII. No Brasil, a questão da possibilidade de homologação de sentenças arbitrais anuladas no país de origem é muito debatida. Para o Professor LUIZ OLAVO BAPTISTA¹⁴⁴⁷, não é passível – de acordo com a legislação brasileira, que compreende a Convenção de Nova Iorque, o Protocolo de Las Leñas e a Convenção do Panamá sobre Arbitragem Comercial Internacional – de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça um laudo arbitral estrangeiro anulado no país em que foi proferido. Segundo este autor, a declaração de nulidade de uma sentença a torna um acto juridicamente inexistente¹⁴⁴⁸. A mesma posição é defendida pelo Professor ALBERTO CARMONA¹⁴⁴⁹, para quem: *“Anulada a sentença arbitral (no país de origem), bastará a produção de tal prova pelo réu para que a homologação seja denegada”.*

¹⁴⁴⁶ ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes – International and English Law and Practice*, cit., pp. 444-445.

¹⁴⁴⁷ LUIZ OLAVO BAPTISTA, “Parecer: Sentença arbitral declarada nula no local onde proferida”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. X, N.º 37, 2013, p. 27.

¹⁴⁴⁸ LUIZ OLAVO BAPTISTA, “Parecer: Sentença arbitral declarada nula no local onde proferida”, cit., p. 14.

¹⁴⁴⁹ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo ...*, cit., p. 474.

FREDERICO STRAUBE¹⁴⁵⁰ defende uma posição mitigada. O artigo 15.º da Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro determina os requisitos para o reconhecimento de sentenças proferidas no estrangeiro (competência do juiz, citação das partes, trânsito em julgado, tradução por intérprete autorizado e homologação pelo Supremo Tribunal Federal/Superior Tribunal de Justiça). Não se verificando alguma contrariedade, ou seja, se a causa da anulação da sentença não for contrária aos requisitos elencados pelo artigo 15.º, pode ser, conforme refere, deferido o pedido de reconhecimento.

De acordo com o Professor ARNOLDO WALD¹⁴⁵¹, “no Direito brasileiro, haverá (...) discricionariedade no sentido do artigo V (1) (e) da Convenção de Nova Iorque e (...) da Lei de Arbitragem (...). Neste sentido, prevalecerá uma forma pragmática e ética fundada no Direito Internacional Privado, através da qual, na hipótese de contrariedade à ordem pública internacional, o Judiciário brasileiro negar-se-á a reconhecer os efeitos da sentença anulatória e homologará, se for o caso, a sentença arbitral. Destarte, impedir-se-á que uma decisão anulatória injustificada, contrária à ordem pública internacional, venha a constituir óbice à produção de efeitos pela sentença arbitral no país de acolhimento da sentença arbitral”.

O Superior Tribunal de Justiça que detém a competência para homologar as sentenças estrangeiras no Brasil, decidiu no caso *EDF International S/A (EDFI) vs. Endesa Latinoamerica S/A e YPF S/A* (2016)¹⁴⁵², pelo não reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira anulada na Argentina. Apesar da anulação da sentença arbitral no país de origem, a *EDFI* procurara no Brasil o reconhecimento da referida sentença no Brasil. Trata-se do *leading case* no Direito brasileiro.

VIII. Embora o legislador federal americano tenha, por referência, incorporado no *FAA* o artigo V da CNI, importa realçar que a jurisprudência americana é favorável

¹⁴⁵⁰ FREDERICO JOSÉ STRAUBE, “Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais no Brasil”, in *VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2014, p. 144.

¹⁴⁵¹ ARNOLDO WALD, “Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada pela justiça local no país da sede da arbitragem”, in *Arbitragem – Temas contemporâneos*, Selma Ferreira Lemes; Inês Balbino (Coord.), Quartien Latin, 2012, p. 72.

¹⁴⁵² GIOVANNI BONATO; JOÃO BRUNO FARIAS MADEIRA, “Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem: uma análise do caso EDF International S/A x Endesa Latinoamerica S/A e YPF S/A no sistema brasileiro e no Direito comparado”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. XIV, N.º 55, CBar & IOB, Kluwer Law International, 2017, pp. 66-67.

ao reconhecimento de sentenças estrangeiras anuladas no país da sede, conforme analisaremos *infra*.

3.4. Síntese comparativa e conclusiva

França, Suíça e Estados Unidos da América posicionam-se a favor do reconhecimento de sentenças estrangeiras anuladas no país de origem. Para a doutrina e a jurisprudência francesas, as disposições da Convenção de Nova Iorque constituem o mínimo do favorecimento quanto ao reconhecimento e à execução das sentenças arbitrais internacionais a que os Estados membros se comprometeram. Tais disposições não impedem o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais anuladas no país da sede¹⁴⁵³. Nos Estados Unidos da América, a jurisprudência chega ao mesmo resultado com outros fundamentos. Conforme já referimos, no caso *Chromalloy*, o Tribunal do Distrito de Columbia afirmou que: “*the U.S. public policy in favor of final and binding arbitration of commercial dispute is unmistakable, and supported by treaty, by statute, and by case law*”¹⁴⁵⁴.

No plano filosófico, o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais anuladas no país de origem ou no país da sede assenta na ideia de que uma sentença não se integra na ordem jurídica em que foi proferida, sendo o tribunal arbitral uma jurisdição autónoma¹⁴⁵⁵. A nosso ver, há que reconhecer uma verdadeira manifestação do *favor recognitionis*, o qual, em matéria da arbitragem internacional, é uma expressão do princípio do *favor arbitrandum*. Entre o reconhecimento ou não reconhecimento de uma sentença anulada no país de origem, uma parte da jurisprudência opta pelo seu reconhecimento, tratando-se de sentenças proferidas em matéria de contratos internacionais. A Professora ADRIANA BRAGHETTA¹⁴⁵⁶ que consagrou a sua tese de doutoramento à anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e suas consequências

¹⁴⁵³ FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, cit., p. 928.

¹⁴⁵⁴ IÑAKI CARRERA, “Anotação ao Acórdão *Chromalloy*”, in *100 anos de Arbitragem*, Coimbra Editora, 2015, p. 181.

¹⁴⁵⁵ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit., NN. 65 e ss.

¹⁴⁵⁶ ADRIANA BRAGHETTA, *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*, cit., p. 294; veja-se também: ANNE-CAROLE CREMADES, “El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización”, cit., N.º 11, p. 42.

internacionais, conclui-a afirmando que, nas arbitragens internacionais, e mesmo que o laudo deva ser executado no Brasil, o pedido de anulação deverá ser analisado sob a óptica da ordem pública internacional, ainda que de difícil conceituação.

PARTE II

DOGMÁTICA DO PRINCÍPIO DO *FAVOR ARBITRANDUM*

I. Operada a análise de algumas das principais manifestações legais e jurisprudenciais do princípio do *favor arbitrandum*, cabe agora determinar o seu conteúdo, analisar os seus limites e os seus fundamentos. Trata-se de um trabalho de dogmática. A dogmática formula conceitos e detecta princípios fundamentais que perpassam pelo sistema jurídico ou o penetra¹⁴⁵⁷. Como refere ainda o Professor CARNEIRO DA FRADA¹⁴⁵⁸, “A dogmática visa principalmente a interpretação das normas do direito vigente e a operacionalização dos princípios jurídicos respectivos. Procede para isso à sua análise sistemática e à construção de noções e quadros explicativos, e elabora as respectivas propostas de aplicação aos casos concretos da vida”; ou o Professor MOTA PINTO¹⁴⁵⁹, que considera que “a dogmática jurídica apresenta-se como um discurso intra-sistemático, possibilitado pela desoneração da imediata pressão do problema concreto ou de exigências político-legislativas (ou, em geral, extra-sistemáticas), que visa elaborar os critérios de decisão jurídica em conceitos, propor uma teoria explicativa desses critérios e integrá-los num sistema”.

II. Longe de constituir um método de criação de “dogmas” em sentido estrito, a dogmática é reveladora do estado actual do Direito. A actividade dogmática não é meramente descritiva, tornando-se prescritiva na medida em que procura indicar o sentido preferível das regras. O princípio é, – já tivemos oportunidade de o dizer por outras palavras –, “uma orientação que informa o conteúdo de normas jurídicas, que tem de ser tomada em consideração pelo intérprete, mas que pode, em alguns casos, ter directa aplicação. Os princípios extraem-se das fontes e dos preceitos, através da construção científica e servem, por sua vez, de orientação ao legislador de novos regimes”¹⁴⁶⁰. Vamos nesta segunda parte identificar o princípio, determinando o seu conteúdo (**Capítulo 4**), os seus limites (**Capítulo 5**), bem como os seus fundamentos (**Capítulo 6**).

¹⁴⁵⁷ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria. Uma perspectiva luso-brasileira*, 11ª edição, Almedina, 2001, pp. 404 e 469.

¹⁴⁵⁸ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2007, p. 28.

¹⁴⁵⁹ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008, p. 63.

¹⁴⁶⁰ ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, Vol. I, 5ª Ed., Almedina, 2010, p. 1112.

Capítulo IV

Conteúdo do princípio do *favor arbitrandum*

Que conteúdo atribuir ao *favor arbitrandum* a partir das manifestações legais e jurisprudenciais elencadas na primeira parte desta dissertação? Em primeiro lugar, é preciso determinar o conteúdo e o alcance do *favor arbitrandum* em matéria da validação ou extensão da convenção de arbitragem. Em segundo lugar, importa indagar se o *favor arbitrandum* pode servir, definitivamente, de critério de decisão sobre a competência do tribunal arbitral, em matéria da arbitrabilidade do litígio, designadamente nas arbitragens internacionais. Finalmente, interessa definir o conteúdo do *favor validitatis sententiae* e o *favor recognitionis* quanto à sua aplicabilidade, em especial no que se refere à possibilidade de reconhecimento de sentenças anuladas no país da sede.

Este capítulo reparte-se em duas partes. Na primeira parte, o *favor arbitrandum* será analisado como um critério interpretativo e de decisão (**Secção I**), sendo certo que os princípios servem também como critério de interpretação e de decisão. Mais do que uma política legislativa ou judiciária, o *favor arbitrandum* é um princípio. Na segunda parte, iremos indagar se o princípio do *favor arbitrandum* guindou-se ao patamar de um princípio positivo supralegal (**Secção II**).

Secção I

O *favor arbitrandum*: um critério interpretativo e de decisão

Enquanto critério de interpretação e de decisão, o princípio do *favor arbitrandum* revela-se como sendo um princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem (1), um princípio da arbitrabilidade dos litígios ou *favor arbitrandum* (*stricto sensu*) (2), um princípio do *favor validitatis sententiae* (3) e um princípio do *favor recognitionis* (4).

1. Princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem

I. As manifestações legais ou jurisprudenciais relativas à convenção de arbitragem, comuns aos ordenamentos jurídicos estudados, a saber: a autonomia da cláusula compromissória, a validade substancial da convenção de arbitragem – com base numa conexão alternativa, numa regra material de validade ou presunção de validade relativamente ao seu alcance –, a inoponibilidade de excepções no Direito interno do Estado parte de uma convenção de arbitragem, têm como denominador comum o tratamento favorável do consentimento à arbitragem¹⁴⁶¹.

O princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem pode ser abstraído das manifestações legais e jurisprudenciais comuns aos ordenamentos analisados. Com efeito, afirmar que a convenção de arbitragem é autónoma em relação ao contrato principal é reconhecer a existência de um consentimento próprio das partes relativo à mesma. Validar a convenção de arbitragem com base em critérios de conexão alternativos visa *in fine* salvaguardar o consentimento à arbitragem. O mesmo se pode dizer da regra da inoponibilidade de excepções no Direito interno do Estado parte de

¹⁴⁶¹ É claro que no Direito francês, tal favorecimento do consentimento à arbitragem pode ainda ser aferido por outras manifestações jurisprudenciais v.g. em matéria da admissão da cláusula por referência ou de extensão da cláusula compromissória a terceiros não signatários nos grupos de sociedades e de contratos. Neste sentido aborda a questão a Professora VAN DE CASTEELE quando afirma que: “La jurisprudence a proclamé un certain nombre de principes devenus presque immuables: le principe d’autonomie de la clause compromissoire, le principe d’interdiction des États et des personnes morales de droit public de se prévaloir de leur inaptitude à compromettre, le principe de validité de la clause compromissoire dans l’arbitrage international (quoi que la réalité de ce dernier reste à vérifier). Tous poursuivent un objectif unique: assurer la mise en oeuvre du consentement à l’arbitrage. Cette faveur dépasse le strict cadre des principes et rayonne durant toute la période qui précède le procès arbitral” (LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 63, N. 30).

uma convenção de arbitragem, da admissão da convenção de arbitragem por referência, e da extensão *ratione personae* e *materiae* da convenção de arbitragem¹⁴⁶².

Não se pode retirar das manifestações relativas à validade da convenção de arbitragem um pretenso princípio de validade da convenção de arbitragem. A validade de um negócio jurídico depende sempre do preenchimento de certos requisitos de fundo e de forma¹⁴⁶³. O princípio de validade implicaria que uma cláusula compromissória não fosse susceptível de anulação por razões de incapacidade, de vício de consentimento, de não-arbitrabilidade¹⁴⁶⁴. Tal situação é inadmissível. Se há princípio de validade, o seu único alcance razoável é a ausência de nulidade da cláusula compromissória em si mesma, ou seja, a sua equiparação ao compromisso arbitral, de tal modo que a condenação da cláusula compromissória ou a limitação dos seus efeitos não possam constituir um entrave à submissão dos litígios à arbitragem¹⁴⁶⁵. O que se pode abstrair das manifestações legais e jurisprudenciais relativas à validade da convenção de arbitragem é um princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem.

II. Nas operações de transmissão da convenção de arbitragem (v.g. cessão de créditos), transparece também um favorecimento em relação ao consentimento à arbitragem¹⁴⁶⁶. Num caso de cessão de créditos, a convenção de arbitragem vai surtir efeitos entre o cedente e o cessionário, e aplicar-se-á entre o cedente e o cedido¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶² LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 111, N. 88: “Le principe d'autonomie est avant tout un principe fonctionnel destiné à immuniser le consentement à l'arbitrage”.

¹⁴⁶³ HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, note sous Paris, 26 mars 1991, *Dalico*, *Revue de l'arbitrage*, 1991, pp. 456 e 469.

¹⁴⁶⁴ PIERRE MAYER, “L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence”, cit., p. 433.

¹⁴⁶⁵ PIERRE MAYER, “L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence”, cit., p. 433.

¹⁴⁶⁶ MARIE-LAURE NIBOYET, “La transmission automatique de la clause d'arbitrage: ultime conséquence du principe de l'autonomie de l'accord compromissoire?”, cit., p. 73.

¹⁴⁶⁷ Veja-se também: MARIE-LAURE NIBOYET, “La transmission automatique de la clause d'arbitrage: ultime conséquence du principe de l'autonomie de l'accord compromissoire?”, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Vol. II, Gazette du Palais, Édition Juillet 2004, p. 72: “Sur le fondement de la transmission de l'accord compromissoire, deux conceptions s'opposent. Selon une première analyse, la transmission de la convention d'arbitrage est la résultante d'une manifestation de volonté des parties, expresse ou implicite, voire présumée (voir MM. Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1997, n.º 709). D'un autre point de vue, la transmission découle automatiquement du caractère accessoire de la clause d'arbitrage par rapport au contrat principal, l'accessoire suivant nécessairement le sort du contrat principal (voir E. Loquin ...)”.

Conforme refere o Professor JEAN-BAPTISTE RACINE¹⁴⁶⁸, a transmissão da convenção de arbitragem configura situações de multiplicação da convenção de arbitragem. Portanto, abstrai-se claramente nesta hipótese o princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem.

1.1. Um princípio de interpretação liberal da convenção de arbitragem

O princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem compele o intérprete a uma interpretação liberal da convenção de arbitragem caracterizada pela rejeição de uma interpretação estrita ou restritiva da convenção de arbitragem (1.1.1.), à aplicação do princípio do efeito útil na interpretação da convenção de arbitragem, nomeadamente em matéria de cláusulas patológicas (1.1.2.), e à extensão objectiva e subjectiva da convenção de arbitragem, nomeadamente em matéria de grupos de sociedades e de contratos (1.1.3.).

1.1.1. Rejeição de uma interpretação estrita ou restritiva da convenção de arbitragem

I. O princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem impõe a rejeição de uma interpretação estrita ou restrita da convenção de arbitragem. Segundo FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN¹⁴⁶⁹, a interpretação é estrita quando os árbitros se cingem tão somente a buscar a clara intenção ou vontade das partes. A interpretação não comportará, neste caso, nem extensão, nem recurso algum à analogia¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶⁸ JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l'arbitrage*, cit., p. 259.

¹⁴⁶⁹ EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., p. 260, N. 480.

¹⁴⁷⁰ SELMA M. FERREIRA LEMES, “Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes”, cit., p. 202; OTTO SANDROCK, “Arbitration Agreements and Groups of Companies”, cit., pp. 634-635: “There is another principle of law firmly established in most national jurisdictions pursuant to which arbitration agreements have to be strictly interpreted. By an arbitration agreement, a contractual partner is, in the language of an important arbitral award heretofore cited, ‘deprived of his own natural judge’. Though the institution and practice of international arbitration has, in the course of the last decades, been more and more recognized as a legitimate and adequate means of solving international business disputes and though this recognition seems to be established in almost all countries belonging to the industrialized world, it must, as a matter of principle, be prevented that someone who has not agreed to arbitration, may be sued under an arbitration agreement to which he has not been a signatory or that somebody who has not by agreement been accepted as a partner to arbitration agreements, would be entitled to participate as a claimant in such proceedings. The principle of strict interpretation of arbitration agreements must therefore, in general, be scrupulously respected”.

Diferentemente seria, segundo os mesmos autores, uma interpretação restrita, a qual baseia-se na ideia de que a convenção de arbitragem constitui uma excepção ao princípio da jurisdição dos tribunais estaduais¹⁴⁷¹. Os Professores KEUTGEN e DAL¹⁴⁷² não fazem uma distinção entre os dois conceitos. Uma interpretação restritiva da convenção de arbitragem não leva em consideração o facto de a arbitragem constituir um modo normal de resolução de litígios internacionais¹⁴⁷³.

Várias jurisdições estaduais promoveram uma interpretação estrita ou restritiva da convenção de arbitragem ao considerar, por um lado, que a convenção de arbitragem constituía uma excepção à jurisdição dos tribunais estaduais. Por outro lado, pelo facto de as leis de excepção serem de interpretação estrita, o mesmo princípio deveria aplicar-se às convenções de arbitragem¹⁴⁷⁴. Foi afirmado de forma constante que as cláusulas arbitrais, como qualquer outro negócio jurídico, deviam ser interpretadas com recurso às regras gerais sobre interpretação dos contratos¹⁴⁷⁵.

A doutrina da interpretação restritiva é fortemente criticada por eminentes autores e deve ser rejeitada¹⁴⁷⁶. No entanto, o Professor CHRISTOPH MÜLLER¹⁴⁷⁷ defende que, no Direito suíço, a interpretação restritiva é apropriada no contexto da arbitragem interna. Segundo o referido autor, a renúncia aos tribunais estaduais não pode ser admitida muito facilmente por causa dos custos elevados que implica o recurso à arbitragem.

¹⁴⁷¹ EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., p. 260, N. 480.

¹⁴⁷² KEUTGEN; DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, Tome II, cit., p. 762.

¹⁴⁷³ BESMA ARFAOUI BEN MOULDI, *L'interprétation arbitrale du contrat de commerce international*, cit., p. 246.

¹⁴⁷⁴ Uma parte da jurisprudência dos tribunais estaduais considera a cláusula arbitral como sendo uma renúncia à jurisdição estadual, e por conseguinte deva ser objecto de uma interpretação restrita (AAP Baleares 3ª 18 diciembre 2008 [JUR 2009, 115048]; veja-se: EVELIO VERDERA TUELLS; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS; JOSÉ Mª BENEYTO PÉREZ; GONZALO STAMPA CASAS, *Jurisprudencia Española de Arbitraje – 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Inmaculada Rodríguez Roblero (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 241, N. 245). Uma outra parte da jurisprudência defende o contrário, afirmando que os árbitros não são obrigados a interpretar as cláusulas arbitrais de forma rígida e excessivamente literal. A vontade das partes à arbitragem devia ser inequívoca [STS 1ª 17 marzo 1988, RJ 1988, 2212; STS 1ª 20 julio 1988, RJ 1988, 6104]; EVELIO VERDERA TUELLS; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS; JOSÉ Mª BENEYTO PÉREZ; GONZALO STAMPA CASAS, *Jurisprudencia Española de Arbitraje ...*, cit., p. 213, N. 213).

¹⁴⁷⁵ Por exemplo: TS 27 mayo 2007, rec. 2613/2000; STS 1ª 20 noviembre 2008 [RJ 2009, 81]; STS 1ª 11 febrero 2010, [RJ 2010, 3771]; veja-se: EVELIO VERDERA TUELLS; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS; JOSÉ Mª BENEYTO PÉREZ; GONZALO STAMPA CASAS, *Jurisprudencia Española de Arbitraje ...*, cit., pp. 226 e 230, NN. 228 e 233.

¹⁴⁷⁶ GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *Arbitrage international ...*, cit., p. 135, N. 252.

¹⁴⁷⁷ CHRISTOPH MÜLLER, “Article 178 PILS”, cit., p. 67.

Os Professores belgas KEUTGEN e DAL¹⁴⁷⁸ observam que a interpretação restritiva apenas opera quanto à conclusão da convenção de arbitragem, e não relativamente ao seu alcance¹⁴⁷⁹. A partir do momento em que a vontade das partes de recorrerem à arbitragem for inequívoca, a convenção de arbitragem deve ser interpretada de modo a que possa funcionar correctamente. No dizer dos referidos autores¹⁴⁸⁰, “*Ceci implique souvent que l’esprit de la clause l’emporte sur la lettre et que l’efficacité de la clause prime*”. É o ensinamento do caso CCI n.º. 2321¹⁴⁸¹ que limita a interpretação estrita ao alcance das cláusulas arbitrais.

II. FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN¹⁴⁸² rejeitam a aplicação do princípio de interpretação estrita ou restrita da convenção de arbitragem. Segundo o Professor FRÉDÉRIC BACHAND¹⁴⁸³, uma interpretação restritiva não vai no sentido da vontade das partes, uma vez que não se vê por que motivos as partes desejariam, por exemplo, resolver por via arbitral os litígios relativos à interpretação do contrato e permaneceriam na incerteza absoluta quanto à resolução de diferendos relativos à execução do contrato¹⁴⁸⁴. No dizer do referido autor¹⁴⁸⁵: “*Il semble donc permis de présumer – en l’absence d’indications contraires – que les parties à des transactions commerciales internationales, lorsqu’elles incluent dans leurs contrats des clauses compromissoires,*

¹⁴⁷⁸ KEUTGEN; DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, Tome II, cit., p. 762.

¹⁴⁷⁹ POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 279, N. 304: “L’interprétation ne saurait en aucun cas être restrictive lorsqu’est en cause non la conclusion, mais la portée *ratione materiae* de la convention d’arbitrage”; POUDRET; BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 264, N. 304.

¹⁴⁸⁰ KEUTGEN; DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, Tome II, cit., p. 762.

¹⁴⁸¹ In *Clunet* 1975, p. 939: “Je partage le point de vue des défenderesses selon lequel une clause d’arbitrage peut, quant à son champ d’application devoir être interprétée strictement. Ce principe, cependant, peut ne pas avoir la même portée lorsque l’on en vient à l’appréciation de la validité ou de l’efficacité d’une clause d’arbitrage. Au contraire, lorsque les parties insèrent une clause d’arbitrage dans leur contrat, on doit présumer que leur intention a été d’établir un mécanisme efficace pour le règlement des litiges visés par la clause d’arbitrage”.

¹⁴⁸² FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, cit., p. 284, N. 484; EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., p. 261.

¹⁴⁸³ FRÉDÉRIC BACHAND, “Une clause compromissoire ne visant expressément que les différends relatifs à l’interprétation du contrat est-elle applicable à ceux portant sur son exécution”, cit., p. 791.

¹⁴⁸⁴ FRÉDÉRIC BACHAND, “Une clause compromissoire ne visant expressément que les différends relatifs à l’interprétation du contrat est-elle applicable à ceux portant sur son exécution”, cit., p. 798.

¹⁴⁸⁵ FRÉDÉRIC BACHAND, “Une clause compromissoire ne visant expressément que les différends relatifs à l’interprétation du contrat est-elle applicable à ceux portant sur son exécution”, cit., p. 797.

cherchent d'abord et avant tout à limiter ces incertitudes inhérentes à toute opération commerciale à caractère transnational. L'étude de certains modèles de clauses compromissoires destinés aux opérateurs du commerce international suggère même qu'il est d'usage de rédiger les clauses compromissoires de manière très large, afin d'assurer que tous les litiges se rapportant à la transaction conclue puissent y être soumis". Por conseguinte, não sendo possível discernir a vontade das partes, a aplicação do princípio do efeito útil deve levar o intérprete a considerar a ampla abrangência do escopo das convenções arbitrais no comércio internacional.

O Professor ÉRIC LOQUIN¹⁴⁸⁶ salienta que o princípio da interpretação restrita da convenção de arbitragem foi ultrapassado no domínio da arbitragem comercial internacional, quer pelos tribunais arbitrais, quer pelas jurisdições estaduais. Conforme refere, "*Le droit de l'arbitrage international est un droit pragmatique fondé sur la consécration de 'l'utile'*". A interpretação restrita da convenção de arbitragem é tida por prejudicial na medida em que origina uma dispersão do contencioso, implicando custos adicionais, lentidão na tramitação processual e o risco de decisões contraditórias. O princípio do efeito útil (também referido como princípio da eficácia da convenção de arbitragem) serve de fundamento ao princípio de interpretação extensiva da convenção de arbitragem. Assim, o princípio do efeito útil serve de fundamento à interpretação extensiva *ratione materiae* e *ratione personae* da convenção de arbitragem¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸⁶ ÉRIC LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éditions-Lextenso éditions, 2015, p. 150, N. 151.

¹⁴⁸⁷ O princípio de interpretação estrita é também rejeitado em matéria de interpretação do consentimento à arbitragem no âmbito das arbitragens CIRDI. Na sentença datada de 25 de Setembro de 1983, proferida no caso *Amco Asia vs. Indonésie*, o tribunal arbitral manifestou a sua oposição em relação à aplicação do princípio de interpretação restritiva da convenção de arbitragem, afirmando que "*Comme toute autre convention, une convention d'arbitrage ne doit pas être interprétée restrictivement, ni du reste extensivement ou de manière libérale. Elle doit être interprétée d'une manière qui conduise à trouver et à respecter la commune intention des parties: une telle méthode d'interprétation n'est autre que l'application du principe fondamental 'pacta sunt servanda', commun à tous les systèmes de droit interne et au droit international*". No caso *Soabi vs. Senegal* (1988), o tribunal arbitral manteve a mesma posição: "*L'article 25 de la Convention Cirdi n'est nullement une exception aux dispositions de droit commun. Il se borne à définir les conditions de la compétence du Cirdi, qui incluent la condition fondamentale du consentement. Sans doute, le consentement à une procédure d'arbitrage constitue une renonciation ou dérogation au droit de recourir aux juridictions de droit commun. Ce consentement ne saurait donc être présumé, mais le Tribunal n'y voit pas 'une dérogation par un État à sa souveraineté même et ne trouve pas justifié d'exiger une plus stricte interprétation de la condition de consentement quand il s'agit du consentement d'un État plutôt que celui d'un investisseur*" (SÉBASTIEN MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États – Trente années d'activité du CIRDI*, Préface de Philippe Kahn, Litec, 2004, pp. 203-204).

1.1.2. Corolário do princípio do efeito útil (*Ut res magis valeat quam pereat* ¹⁴⁸⁸), nomeadamente em matéria de interpretação das cláusulas patológicas¹⁴⁸⁹

I. Todos os ordenamentos jurídicos estudados admitem em matéria de interpretação dos contratos o princípio do efeito útil ou princípio da conservação dos negócios jurídicos (*favor negotii*, *principle of effectiveness* ou *principe de l'“effet utile”*). Um contrato carece de interpretação essencialmente nas situações em que exista uma exteriorização deficiente da intenção comum das partes, tendo ocorrido uma discordância entre o que foi querido e o declarado, ou então, entre o que foi dito e o que foi percebido ou entendido. Tal discordância pode dever-se à ignorância das partes, à falta de domínio da língua ou ao seu mau uso¹⁴⁹⁰.

A interpretação nos negócios jurídicos pode ser feita de acordo com a teoria subjectivista ou objectivista¹⁴⁹¹. A teoria subjectivista da interpretação dá primazia à busca de elementos que traduzam o acordo das partes, os objectivos comuns das partes¹⁴⁹². Não se trata de uma simples busca da intenção real das partes, o que pode revelar-se, segundo alguns autores¹⁴⁹³, um exercício artificial ou divinatório. A vontade

¹⁴⁸⁸ Princípio que orienta a interpretação no sentido de que as “coisas” tenham um efeito. Em Direito Internacional Privado, veja-se: CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, cit., p. 28; RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Da Lei aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, cit., p. 580.

¹⁴⁸⁹ Segundo Frédéric Eisemann, a cláusula arbitral patológica é aquela que não preenche uma das quatro funções essenciais que, são: produzir os efeitos obrigatórios entre as partes, afastar a intervenção dos tribunais estaduais, no mínimo, antes da prolação da sentença, conceder aos árbitros o poder de resolver os litígios e permitir a implementação de um procedimento conducente de forma eficiente à prolação da sentença (FRÉDÉRIC EISEMANN, “La clause d’arbitrage pathologique”, cit., pp. 129 e ss.; sobre esta matéria, veja-se também: FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, cit., p. 283, N. 484; EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., p. 262, N. 484; RICHARD H. KREINDLER; JAN K. SCHAEFER, “Les cinq premières années d’application de la nouvelle législation”, *Revue de l’arbitrage*, N.º 2, 2003, p. 499; JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l’arbitrage*, cit., p. 211; H. SCALBERT; L. MARVILLE, “Les clauses compromissaires pathologiques”, in *Revue de l’arbitrage*, 1988, p. 117; SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales”, cit., p. 214; BESMA ARFAOUI BEN MOULDI, *L’interprétation arbitrale du contrat de commerce international*, cit., p. 233-235).

¹⁴⁹⁰ BESMA ARFAOUI BEN MOULDI, *L’interprétation arbitrale du contrat de commerce international*, cit., p. 8; SANDRINE TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, PUAM, 2012, p. 258.

¹⁴⁹¹ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5ª edição revista e actualizada, Universidade Católica Editora, 2010, p. 447; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 443.

¹⁴⁹² SANDRINE TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, cit., p. 260.

¹⁴⁹³ SANDRINE TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, cit., p. 260.

comum dos contraentes aprecia-se também com a análise do seu comportamento durante a execução do contrato¹⁴⁹⁴. A teoria objectivista, cuja “teoria da impressão do destinatário” é uma das variantes, procura determinar o sentido das declarações negociais, considerando-se o entendimento que delas teria um declaratário normal colocado na posição do real declaratário¹⁴⁹⁵.

Para a doutrina majoritária¹⁴⁹⁶, a interpretação da convenção de arbitragem deve ser feita de acordo com o princípio do efeito útil. O princípio do efeito útil determina que, entre duas interpretações possíveis de uma mesma cláusula, se deve optar por aquela que permita um sentido útil da referida cláusula. Dito de outro modo, o princípio da conservação dos negócios jurídicos determina que “Os negócios devem ser tratados mais no sentido da sua validade do que no da sua invalidade”¹⁴⁹⁷. Tem-se em conta a vontade real das partes para a interpretação do texto por que se vincularam.

O princípio do efeito útil vem consagrado no n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil que se refere à interpretação da lei. Nos seus termos: “Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”. O apotegma “*In claris non fit interpretatio*” não prevalece em matéria de interpretação¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹⁴ SANDRINE TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, cit., p. 260.

¹⁴⁹⁵ No Direito francês (desde a reforma de 10 de Fevereiro de 2016) com o novo artigo 1188.º do Código Civil), e no suíço, adoptou-se um modelo misto baseado na interpretação subjectivista e, na falta de resposta clara, recorre-se à interpretação objectivista.

¹⁴⁹⁶ FABIEN GÉLINAS, “*Favor arbitrandum et favor validitatis*”, cit., p. 31. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2420117; SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromissórias en los contratos internacionales”, cit., p. 211. Para Fouchard, Gaillard e Goldman o princípio do efeito útil implica tão somente a busca da vontade real das partes. Apurada a vontade real das partes, não há lugar à aplicação de um pretenso princípio de interpretação *in favorem validitatis* ou *in favorem jurisdictionis* da convenção de arbitragem. Assim, a interpretação favorável das cláusulas arbitrais ditas patológicas deve-se apenas à aplicação do princípio do efeito útil (EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., pp. 261-262, N. 481; FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, cit., p. 284, N. 484). A Professora Selma Lemes afirma, no seu percuciente estudo dedicado às cláusulas patológicas ambíguas ou contraditórias e à interpretação da vontade das partes, que “O princípio de interpretação da cláusula arbitral patológica consoante seu efeito útil é universalmente aceito e aplicado na jurisprudência arbitral, representando antes de tudo regra de bom senso. Na jurisprudência francesa, deflui do preceito estabelecido no artigo 1.157 do Código Civil Francês ao dispor que quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, devemos dar preferência àquele que possa produzir um efeito útil, em lugar daquele que não possa produzir nenhum. (...) Com efeito a interpretação consoante o efeito útil significa que devemos supor que os redatores de uma cláusula arbitral tinham a intenção de outorgar-lhe um significado real e possível de operacionalização” (SELMA M. FERREIRA LEMES, “Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes”, in *Reflexões sobre arbitragem*, Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Coords.), 2002, pp. 199-200) .

¹⁴⁹⁷ CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, cit., p. 28.

¹⁴⁹⁸ CRISTINA QUEIROZ, “A interpretação jurídica”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Vol. I, Coimbra Editora, 2006, p. 268.

II. De modo geral, refere o Professor JOSHUA KARTON¹⁴⁹⁹, os árbitros seguem o método subjectivo na interpretação dos contratos, examinando todas as provas. O texto do contrato apenas prevalece quando não suscite dúvidas. Quanto à interpretação das convenções arbitrais, o Professor JEAN-BAPTISTE RACINE¹⁵⁰⁰ observa que, tratando-se de uma questão de natureza contratual, a jurisprudência procura antes de mais interpretar a vontade das partes, e os princípios aplicáveis são: o princípio de interpretação *contra proferentem*, o princípio de interpretação de boa fé e o princípio do efeito útil. A mesma opinião é partilhada por SERAGLINI e ORTSCHIEDT¹⁵⁰¹, POUDRET e BESSON¹⁵⁰², bem como KEUTGEN e DAL¹⁵⁰³. O Tribunal federal suíço preconiza uma interpretação do alcance da convenção de arbitragem de acordo com o princípio do efeito útil, com vista a assegurar, tanto quanto possível, a validade da convenção arbitral¹⁵⁰⁴.

Nos *Princípios Unidroit*, o princípio do efeito útil é tratado como *favor contractus*. Nos termos do artigo 4.5 (Interpretação útil), o texto prevê que “Os termos de um contrato devem ser interpretados de modo a que se dê efeito a todos eles, ao invés de privar quaisquer deles de efeito”. E, nos *Princípios de Direito Europeu dos Contratos*, o artigo 5:105 determina que “as cláusulas do contrato devem ser interpretadas no sentido em que são lícitas e eficazes”¹⁵⁰⁵.

Perante situações em que é questionada a validade da convenção de arbitragem, o princípio de *favor negotii* deve compelir o intérprete (árbitro ou juiz estadual) a encontrar os adequados processos e as melhores soluções que evitem a invalidade. A

¹⁴⁹⁹ JOSHUA KARTON, “The arbitral role in contractual interpretation”, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2015, 6, pp. 4-41; veja-se também: LAURENT LÉVY; FABRICE ROBERT-TISSOT, “L’interprétation arbitrale”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 4, 2013, p. 861: “En matière d’arbitrage commercial international, l’arbitre met l’accent sur la volonté réelle des parties (méthode subjective) aussi bien pour l’interprétation du contrat que du droit applicable”; SÉBASTIEN BESSON; CARINE DUPEYRON, “L’interprétation du contrat et l’arbitrage à la lumière de la réforme du droit français des obligations”, in *Revue de l’arbitrage*, 2017, N.º 1, pp. 115-134; CHRISTOPH MÜLLER, “Article 178 PILS”, cit., p. 67; PHILIPPE KAHN, “L’interprétation des contrats internationaux”, 108 *Clunet*, 1981, p. 17; BESMA ARFAOUI BEN MOULDI, *L’interprétation arbitrale du contrat de commerce international ...*, p. 269.

¹⁵⁰⁰ JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l’arbitrage*, cit., p. 212, N. 275.

¹⁵⁰¹ SERAGLINI; ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, cit., p. 210, N. 187.

¹⁵⁰² POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 131, N. 159.

¹⁵⁰³ KEUTGEN; DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, cit., p. 180.

¹⁵⁰⁴ GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *Arbitrage international ...*, cit., p. 136, N. 253.

¹⁵⁰⁵ ALEXANDRE GUERRA, *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*, cit., p. 270.

análise da validade da convenção de arbitragem deve inspirar-se na presunção da sua validade. Trata-se de uma directriz, uma pauta orientadora que visa também a conservação da convenção de arbitragem na medida do possível, sempre que, em presença de normas vigentes, a sua validade seja questionada.

No caso CCI n.º 1434 (1975), que é o *leading case* nesta matéria, o tribunal arbitral afirmou que “uma regra de interpretação universalmente admitida exige que ante duas interpretações contrárias ou de dois significados possíveis do mesmo termo de um contrato, e diante da dúvida, se prefere a interpretação que confira às palavras um determinado alcance, antes de considerá-las como inúteis ou absurdas. Este ‘princípio do efeito útil’, denominado também ‘princípio da efectividade’ está consagrado, especialmente pelo art. 1.157 do Código Civil”¹⁵⁰⁶. No caso CCI n.º 3380 (1980), o tribunal arbitral, recordando a jurisprudência do caso n.º 1434, observou que para interpretar as cláusulas contraditórias há que aplicar o princípio do efeito útil¹⁵⁰⁷.

No caso CCI n.º 10422 (2001). As partes celebraram dois contratos de distribuição de produtos que tinham uma cláusula 12.^a (Foro competente) redigida com o seguinte teor: “12.1. *Le présent contrat, comme toutes ses dispositions, seront régies par la ‘Chambre de Commerce Internationale’ ou à son défaut par une législation neutre définie d’un commun accord entre les parties, mais qui en aucun cas ne pourront être les Tribunaux de justice des pays respectifs des parties contractantes.* 12.2. *Toutes les interprétations que ce contrat nécessiterait ainsi que les litiges qui pourraient surgir entre les parties contractantes, seront soumises aux Juges et aux Tribunaux des Cours définies au point 12.1., ceci impliquant que les deux parties renoncent à se prévaloir de tout autre for, dans les cas où ils existeraient*”.

O Tribunal arbitral recorreu ao princípio do efeito útil contido no artigo 4.5. dos princípios UNIDROIT segundo o qual as cláusulas dum contrato interpretam-se no sentido de poderem todas ter algum efeito, ao invés dum sentido que prive algumas dos seus efeitos. Quando as partes afirmam sujeitar o contrato à lei da CCI, elas querem, na verdade, referir-se à jurisdição da CCI. A análise da cláusula 12.^a no seu conjunto revela

¹⁵⁰⁶ SELMA M. FERREIRA LEMES, “Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes”, cit., p. 200.

¹⁵⁰⁷ SELMA M. FERREIRA LEMES, “Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes”, cit., p. 201.

a vontade das partes de resolverem os seus diferendos pela via arbitral, sendo a CCI universalmente conhecida como uma instituição de arbitragem¹⁵⁰⁸.

O Tribunal de Apelação de Paris decidiu, por acórdão datado de 7 de Fevereiro de 2002¹⁵⁰⁹, que a vontade real das partes à arbitragem deve ser analisada à luz do princípio de interpretação de boa fé que implica a busca da vontade real das partes para além do sentido literal das palavras e de não permitir a uma delas subtrair-se dos compromissos livremente assumidos, mas expressos de modo errado; do princípio do efeito útil segundo o qual, se as partes inserem uma cláusula arbitral no seu contrato, deve-se presumir que a sua intenção foi estabelecer um mecanismo eficaz para a resolução dos litígios abrangidos pela referida cláusula; e, do princípio *contra preferentem*. Do mesmo modo será interpretada a convenção de arbitragem na Bélgica¹⁵¹⁰.

III. Em Portugal, o Professor FERREIRA DE ALMEIDA¹⁵¹¹ observa que a interpretação das convenções arbitrais não deve ser restritiva ou extensiva, ou seja, sem qualquer presunção favorável à arbitragem. Deve antes obedecer aos critérios normais de interpretação dos negócios jurídicos, considerando os cânones vertidos nos artigos 236.º a 238.º do Código Civil e nos artigos 10.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, quando se trate de cláusula contratual geral. A mesma posição é assumida pelo Professor CALVÃO DA SILVA¹⁵¹², para quem: “Vale para a convenção de arbitragem (...) a doutrina da impressão do destinatário razoável canonizada no artigo 236.º do Código Civil, com o desvio no sentido de um maior objectivismo consagrado no artigo 238.º para os negócios formais”¹⁵¹³.

¹⁵⁰⁸ In *Collection of ICC Arbitral Awards, 2001-2007*, cit., pp. 609 e ss..

¹⁵⁰⁹ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., pp. 107-108, N. 86.

¹⁵¹⁰ WILLIAM PISSOORT; PATRICK SAERENS, *Initiation au droit commercial international*, De Boeck, 2004, p. 201.

¹⁵¹¹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2007, p. 91; LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., pp. 200-201.

¹⁵¹² JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Convenção de arbitragem. Algumas notas”, cit., p. 541.

¹⁵¹³ De acordo com o artigo 236.º do Código Civil: “1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. 2. Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida”. Nos termos do artigo 238.º: “1. Nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha o mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente

MANUEL BARROCAS¹⁵¹⁴ assume uma posição interessante, ao referir-se ao princípio do efeito útil na interpretação da convenção de arbitragem. Segundo ele: “Em matéria da interpretação da declaração negocial, regulam (...) os artigos 236.º e 237.º. Em caso de dúvida, segundo este último preceito, vale nos negócios onerosos, que é o caso da convenção de arbitragem, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações. De certo que, perante situações equívocas ou antagónicas de interpretação de uma convenção de arbitragem, a solução que se afigurar mais consentânea com o sentido útil da arbitragem e não a que conduza a coisa inútil e lhe retira competência para julgar o litígio em resultado de uma formalista ou ligeira interpretação da convenção”¹⁵¹⁵. Esta segunda posição tende a legitimar, do nosso ponto de vista, uma interpretação que busque a chamada vontade real dos contraentes, aplicando-se as restantes regras quando nada se apurou¹⁵¹⁶.

IV. O princípio da boa fé, enquanto padrão de conduta, permeia a interpretação dos negócios jurídicos. O agir das partes pode dar indicações sobre o modo como entenderam os termos do acordo que firmaram. Segundo a Professora SELMA LEMES¹⁵¹⁷, “a interpretação de boa fé consiste em aplicar este princípio geral de Direito (boa fé) com forte conotação ética, não se limitando à disposição literal, mas em vez disso, perquirir a real intenção das partes ao estabelecerem a convenção de arbitragem. Neste sentido, é necessário pesquisar e levar em conta, antes de tudo, as consequências que os contratantes razoável e legitimamente visaram, bem como verificar o comportamento das partes, na fase prévia como posterior ao contrato ou a controvérsia (*sic*)”.

expresso. 2. Esse sentido pode, todavia, valer, se corresponder à vontade real das partes e as razões determinantes da forma do negócio se não opuserem a essa validade”.

¹⁵¹⁴ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 562.

¹⁵¹⁵ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 562.

¹⁵¹⁶ Veja-se: RUI PINTO DUARTE, *A interpretação dos contratos*, Coimbra, 2016, p. 56: “(...) sendo o contrato um ‘acordo de vontades’ (art. 232), há que buscar a ‘vontade comum’, não apenas as ‘as vontades’ de cada um dos intervenientes. A segunda para sublinhar que se deve buscar a chamada vontade real dos contraentes (o que alguns designam ‘interpretação subjectiva’) e só se nada se apurar quanto à mesma é que se aplicam as restantes regras (o que alguns designam ‘interpretação objectiva’). O mesmo é dizer que se deve conhecer o significado que os contraentes pretenderam imprimir às suas declarações e que só se tal não for conseguido é que valerá o significado que um declaratório normal lhe atribuiria”.

¹⁵¹⁷ SELMA M. FERREIRA LEMES, “Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes”, cit., p. 196.

Como refere ainda o Professor JEAN CARBONNIER¹⁵¹⁸, “(...) *une partie ne peut s’enfermer dans la lettre du contrat pour en éluder l’esprit*”. PLANIOL e RIPERT¹⁵¹⁹ estimavam que “*La bonne foi, c’est l’obligation (...) de ne pas s’en tenir à la lettre de celui-ci (le contrat)*”. Esta busca da vontade real das partes inicia com uma interpretação literal e gramatical do texto, prossegue com a sua análise considerando-se o contexto global em que se insere, e por fim, termina com a apreciação da vontade das partes em função dos usos de um determinado sector de actividade¹⁵²⁰.

Segundo TRITTMANN e HANEFELD¹⁵²¹, o âmbito objectivo de uma convenção de arbitragem deve ser interpretado de acordo com a intenção real das partes, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto. De acordo com a jurisprudência alemã, as convenções arbitrais são interpretadas de modo abrangente. Entende-se que, em casos de dúvida, há que considerar o interesse das partes de submeter o conjunto de questões litigiosas à arbitragem de modo a evitar diferentes procedimentos¹⁵²².

Os Tribunais Regionais Superiores e o Tribunal Federal de Justiça alemães têm tido uma abordagem liberal na interpretação das convenções arbitrais patológicas. Refira-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal Regional Superior de Colónia, de 23 de Setembro de 2010¹⁵²³, em que se afirmou que a interpretação das cláusulas arbitrais deveria ser feita de acordo com os princípios que regem a interpretação das declarações negociais. No caso concreto, a cláusula arbitral fazia referência a uma instituição arbitral e a regulamentos de arbitragem inexistentes. O Tribunal arbitral, interpretando a cláusula arbitral, relevou a vontade das partes de se submeterem à arbitragem e decidiu a favor da sua competência¹⁵²⁴.

¹⁵¹⁸ JEAN CARBONNIER, *Droit civil*, 2, cit., p. 2118, N. 1029.

¹⁵¹⁹ PLANIOL; RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil français*, t. VI, 1re partie (Les obligations), Paris, 1930, p. 379.

¹⁵²⁰ BESMA ARFAOUI BEN MOULDI, *L’interprétation arbitrale du contrat de commerce international*, cit., p. 102.

¹⁵²¹ TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1029 – Definition”, cit., p. 91.

¹⁵²² TRITTMANN; HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1029 – Definition”, cit., p. 91.

¹⁵²³ SEBASTIAN D. MÜLLER, “Interpretation of arbitral agreements by German courts”, in *European International Arbitration Review*, Vol. 1:1, p. 119.

¹⁵²⁴ SEBASTIAN D. MÜLLER, “Interpretation of arbitral agreements by German courts”, cit., p. 121.

Segundo o Tribunal Regional Superior, deve-se buscar a vontade das partes, iniciando com o texto da cláusula e analisando-se a seguir as circunstâncias singulares do caso concreto, os interesses das partes e o objectivo por elas prosseguido. Por outro lado, a declaração das partes deverá ser integrada de acordo com os princípios aplicáveis nessa matéria (*ergänzende Vertragsauslegung*)¹⁵²⁵. Em suma, deve ser feita uma interpretação liberal da convenção de arbitragem. O *Bundesgerichtshof*, por acórdão de 14 de Janeiro de 2014, confirmou a decisão do Tribunal Regional Superior de Colónia.

Conforme SEBASTIAN MÜLLER¹⁵²⁶, “*The Higher Regional Courts also followed this liberal approach in international arbitration cases (...) The BGH decision underlines the arbitration-friendly approach of German Courts*”. Assim, “*When interpreting the arbitration clauses, both courts explicitly referred to the fact that according to international practice an arbitration must to be construed generously in favor of the validity of the arbitration clause*”¹⁵²⁷.

Esta posição é secundada pelo Professor STEFAN KRÖLL¹⁵²⁸ para quem: “*Once it has been determined that the parties agreed on arbitration, German courts in general adopt a very arbitration-friendly approach in relation to questions of the validity of the arbitration agreement and its scope. Concerning the disputes covered it is usually presumed that the parties want their disputes to be settled by a single body, resulting*

¹⁵²⁵ SEBASTIAN D. MÜLLER, “Interpretation of arbitral agreements by German courts”, cit., p. 121.

¹⁵²⁶ SEBASTIAN D. MÜLLER, “Interpretation of arbitral agreements by German courts”, cit., p. 125.

¹⁵²⁷ “In a decision dated 15 October 1999, the Kammergericht Berlin decided that the parties’ reference to the non-existent ‘*deutsche zentrale Handelskammer (German Central Chamber of Commerce)*’ had to be understood as reference to arbitral proceedings administered by the *German Institution of Arbitration (DIS)* – although the respondent had taken the stance that it had understood the German Central Chamber of Commerce to be the national counterpart to the International Chamber of Commerce (ICC) in Paris. In a similar vein, in a decision dated 24 October 2006 the Higher Regional Court of Frankfurt interpreted a reference in an arbitration clause to the non-existent ‘*arbitration rules of ICC Brussels*’ as reference to the rules of the International Chamber of Commerce in Paris” (SEBASTIAN D. MÜLLER, “Interpretation of arbitral agreements by German courts”, in *European International Arbitration Review*, Vol. 1:1, p. 125).

¹⁵²⁸ STEFAN KRÖLL, “Comment on *BGH*, Urt. v. 13.1.2009 - XI ZR 66/08”, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2009, p. 166: “Moreover, according to the apparent majority of legal authority there is a legal rule that arbitration agreements generally have to be construed in a wide sense (Lachmann, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3. Aufl. 2008, RdNr. 472 ff.). It is assumed that parties do not want their related disputes, emerging from the same matter, judged by different tribunals. It is rather assumed that they want their related disputes judged by the same arbitral tribunal” (Disponível em: <https://www.trans-lex.org/125350>).

in a broad interpretation of the arbitration agreement. Thus related actions in tort are usually covered as well”¹⁵²⁹.

Mesmo em sede de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, o *BGH*, em acórdão de 30 de Setembro de 2010¹⁵³⁰, admitiu a evolução em matéria da forma da convenção de arbitragem constante do artigo 7.º da Lei-Modelo da CNUDCI (2006), tendo afirmado que as convenções arbitrais em relação às quais se fundam as sentenças arbitrais estrangeiras devem ser interpretadas de forma abrangente, e numa perspectiva que favoreça o reconhecimento da sentença. A versão revista do artigo 7.º da Lei-Modelo sobre a arbitragem comercial internacional prescinde da exigência da forma escrita como condição de validade da convenção de arbitragem. A segunda versão do artigo 7.º define a convenção de arbitragem, suprimindo qualquer exigência de forma.

Em Angola, no caso *SOFOMIL, Lda vs. ABAMAT-UEE*¹⁵³¹, a cláusula compromissória¹⁵³² inserida no contrato de compra e venda internacional de caixas de velocidade automáticas de marca VOITH, celebrado em 1991, previa que: “*Esgotadas que sejam todas as possibilidades de acordo com os contratantes, dentro de um espírito de amizade, colaboração e respeito mútuos, fica acordado que todos os litígios que possam surgir serão resolvidos de forma definitiva segundo o Regulamento de Arbitragem da Comissão Internacional de Genève (UNCITRAL Arbitration Rules)*”. As partes remeteram a solução dos litígios decorrentes da execução do contrato para o Regulamento de Arbitragem da “Comissão Internacional de Genève”. Mas, as *UNCITRAL Arbitration Rules* não foram elaboradas por uma Comissão Internacional de Genève. No entanto, o tribunal arbitral “ad hoc” constituído para dirimir o litígio surgido na execução do referido contrato de compra e venda, interpretou a vontade das partes, dando um efeito útil à sua declaração negocial. Assim, a cláusula foi interpretada no sentido da aplicação das Regras de arbitragem da UNCITRAL, ignorando a

¹⁵²⁹ STEPHAN MICHAEL KRÖLL, “National Report for Germany (2018)”, in Jan Paulsson and Lise Bosman (eds), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Supplement No. 98, 2018, p. 20.

¹⁵³⁰ *BGH*, 30 de Setembro de 2010, III, ZB 69/09, BGHE 187, 126, ann. 9 e ss.; *apud* HILMAR RAESCHKE-KESSLER, “Chapter 20 – Germany”, in *The International Arbitration Review*, 6th edition, Law Business Research, 2015, p. 260.

¹⁵³¹ In *Revista da Ordem dos Advogados de Angola*, Ano I, N.º 1, Centro de Documentação e Informação da OAA, 1998, p. 283; veja-se: LINO DIAMVUTU, “A escolha de regras da ‘UNCITRAL’ para reger o procedimento arbitral: quais as implicações?”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 9, Almedina, 2016, pp. 44-45.

¹⁵³² Cláusula 13.ª do contrato.

referência confusa e errônea ao “Regulamento de Arbitragem da Comissão Internacional de Genève”¹⁵³³.

Na jurisprudência inglesa, no caso *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* (2007)¹⁵³⁴, o *Court of Appeal* afirmou que “*any jurisdiction or arbitration clause in an international commercial contract should be liberally construed*”¹⁵³⁵. Assim, as cláusulas arbitrais devem ser interpretadas com a presunção de que “*the parties, as rational businessmen, are likely to have intended any dispute arising out of the relationship into which they have entered or purported to enter to be decided by the same tribunal*”¹⁵³⁶.

IV. Quanto à interpretação extensiva *rationae materiae*, o Professor ERIC LOQUIN¹⁵³⁷ afirma que “*Le principe de l’effet utile de l’interprétation justifie également que les juridictions (...) étendent le domaine de la clause compromissoire aux litiges de nature délictuelle nés en relation avec le contrat, par exemple les litiges nés de la rupture fautive des pourparlers ou de la responsabilité civile de l’auteur d’un dol. Cependant, lorsque l’arbitrage est fondé sur un compromis, la jurisprudence refuse d’étendre l’étendue de la convention d’arbitrage aux actions délictuelles*”.

Quanto à interpretação extensiva *ratione personae*, o princípio do efeito útil serve de base à extensão da cláusula compromissória às pessoas implicadas na execução de um contrato¹⁵³⁸. Por outro lado, o mesmo princípio permitiu fundamentar a extensão da convenção de arbitragem às sociedades do mesmo grupo. A regra da extensão da

¹⁵³³ O princípio do efeito útil é também invocado pelos tribunais CIRDI. Refiram-se, por exemplo, os casos *Holiday Inn v. Morocco* (ARB/72/1) e *Ceskoslovenska Obchodni Banka v. Slovákia* (ARB/97/4). Neste último caso¹⁵³³, o Tribunal afirma que “*In determining how to interpret agreements to arbitrate under the ICSID Convention, the Tribunal is guided by an ICSID decision which held that ‘a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or literally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties... Moreover, ...any convention, including conventions to arbitrate, should be construed in good faith, that is to say by taking into account the consequences of the commitments the parties may be considered as having reasonably and legitimately envisaged’*” (SEBASTIEN MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d’autres États*, cit., p. 209).

¹⁵³⁴ *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov*, [2007] UKHL 40; KLAUS PETER BERGER, *Private Dispute Resolution – Negotiation, Mediation*, Vol. II, Handbook, Ed. 3, 2015, p. 431.

¹⁵³⁵ ANDREA MARCO STEINGRUBER, *Consent in International Arbitration*, Oxford, 2012, p. 129, N. 7.40; KLAUS PETER BERGER, *Private Dispute Resolution – Negotiation, Mediation*, cit., p. 431.

¹⁵³⁶ PETER ASHFORD, *Handbook on International Commercial Arbitration*, Second Edition, Juris, 2014, p. 6.

¹⁵³⁷ ÉRIC LOQUIN, *L’arbitrage du commerce international*, cit., p. 152, N. 153.

¹⁵³⁸ ÉRIC LOQUIN, *L’arbitrage du commerce international*, cit., p. 155, N. 155.

convenção de arbitragem foi considerada como sendo conforme aos usos do comércio internacional¹⁵³⁹.

1.1.3. Princípio do favorecimento da extensão objectiva e subjectiva da convenção de arbitragem, nomeadamente em matéria de grupos de sociedades e grupos de contratos

I. Contrariamente ao princípio do *favor validitatis* cujos limites são sobejamente conhecidos em matéria de extensão a não signatários da convenção de arbitragem¹⁵⁴⁰,

¹⁵³⁹ ÉRIC LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, cit., p. 156, N. 156.

¹⁵⁴⁰ O *favor validitatis* ou tratamento *in favorem validitatis* da convenção de arbitragem não é entendido em sentido unívoco. Podemos distinguir os seguintes entendimentos do *favor validitatis*: um corolário ou princípio auxiliar do princípio do efeito útil (v.g. em Portugal), uma expressão da regra “*in dubio pro arbitri*” (v.g. nos países da América do Sul: Argentina, Equador, Perú) ou tratamento *in favorem validitatis* da convenção de arbitragem como método de Direito Internacional Privado na escolha da lei aplicável à convenção de arbitragem para a sua validade substancial (v.g. Inglaterra). Em Portugal, Manuel Barrocas considera que “o princípio *in favorem validitatis*, corolário do efeito útil (...) não deixa de se aplicar à convenção de arbitragem (...)”. Prosseguindo, o mesmo autor afirma que “o princípio *in favorem validitatis* ou da máxima utilidade que na arbitragem internacional encontra, como consequência da sua necessidade no comércio, o seu campo de aplicação preferencial. Este princípio representa, em suma, um certo benefício pró-arbitragem no caso de se colocarem, postuladas pelas leis de diversos Estados potencialmente aplicáveis, soluções antagónicas ou dubitativas relativas à validade ou à eficácia da arbitragem, nomeadamente da convenção de arbitragem, do processo arbitral ou da arbitrabilidade do litígio. Este regime favorável à arbitragem impõe-se quer aos tribunais judiciais que podem ser chamados a apreciar, em concreto, a validade da convenção de arbitragem e que, em regra, são os tribunais do lugar da sede da arbitragem, quer aos tribunais do reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira (...)” (MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manuel de Arbitragem*, cit., p. 562). No Direito americano e nalguns ordenamentos jurídicos maioritariamente latino-americanos, o princípio do *favor validitatis* reconduz-se à máxima “*in dubio pro arbitri*”. Na Europa continental, a Itália oferece um bom exemplo nesta matéria. Existe uma importante corrente doutrinária a defender a aplicação do referido princípio em matéria de interpretação das convenções arbitrais. Por outras palavras, em caso de dúvida sobre a validade ou invalidade da convenção de arbitragem, a solução do intérprete deve sempre pender a favor da arbitragem. Há, no entanto, que fazer aqui uma distinção entre os ordenamentos jurídicos que admitem a regra pró-arbitragem quanto à existência de uma convenção de arbitragem válida e os que a limitam exclusivamente ao seu alcance objectivo ou subjectivo. O *Federal Arbitration Act* (FAA) é uma legislação considerada fortemente promotora da arbitragem nos Estados Unidos. No referido caso *Moses*, o *Supreme Court* dos Estados Unidos afirmou que o *Federal Arbitration Act* traduz “*a liberal federal policy favoring arbitration*” e estabelece que “[a]s a matter of federal law, any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration, whether the problem at hand is the construction of the contract language itself or an allegation of waiver, delay, or a like defense to arbitrability”, não obstante qualquer legislação estadual em contrário. Assim, a interpretação da convenção de arbitragem é feita, em regra, de modo extensivo. Ainda no caso *Oriental Commercial and Shipping Co. Ltd vs. Rosseel N.V.* (1985), o Tribunal de Distrito de Nova Iorque afirmou que “*Arbitration clauses must be interpreted broadly, and all doubts as to whether dispute is encompassed by a particular clause must be resolved in favor of arbitration even where the problem is the construction of the contract language itself*”. No caso *Rush v. Oppenheimer & Co* (2nd Circuit, 1985), o Tribunal decidiu que “*Given this dominant federal policy favoring arbitration, waiver of the right to compel arbitration due to participation in litigation may be found only when prejudice to the other party is demonstrated*”. Contudo, no caso *Khan v. Parsons Global Servs., Ltd* (2009), o Tribunal afirmou que “*If the Court is faced with any ambiguity with regard to the scope of the waiver, the Court must resolve the ambiguity in favor of arbitration*”. Ainda recentemente, no caso *DIRECTV, Inc. v. Imburgia* (2015), o

Supremo Tribunal dos Estados Unidos reafirmou que “*in applying general state-law principles of contract interpretation to the interpretation of an arbitration agreement (...) due regard must be given to the federal policy favoring arbitration, and ambiguities as to the scope of the arbitration clause itself [are] resolved in favor of arbitration*”. A interpretação restritiva das convenções de arbitragem só se verifica em poucas matérias, v.g. litígios individuais de trabalho (RICHARD FRANKEL, “The Arbitration Clause as Super Contract”, in *Washington University Law Review*, Vol. 91, Issue 3, 2014, pp. 531 e ss.; GARY B. BORN, *International Arbitration – cases and materials*, cit., p. 474; STEPHEN WARE; ARIANA LEVINSON, *Principles of Arbitration*, West Academic Publishing, 2017, pp. 95-96). O artigo 808.º *quater* do Código de Processo Civil consagra a regra “*in dubio pro arbitri*” quanto à interpretação *ratione materiae* da convenção de arbitragem. Nos seus termos: “*Nel dubbio, la convenzione d’arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce*”. Na dúvida, a convenção de arbitragem se interpreta no sentido de que a competência arbitral se estende a todas as controvérsias que derivem do contrato ou da relação a que a convenção se refere. Conforme refere Vito d’Ambra, a jurisprudência italiana decide a favor da competência da justiça estadual quando a vontade das partes de remeterem a árbitros a solução dos litígios não se descortina com toda a certeza, uma vez que a arbitragem assenta no princípio da vontade privada. Andrea Carlevaris considera definitivamente ultrapassada no Direito italiano a doutrina da interpretação restritiva da convenção de arbitragem. A presunção a favor de uma interpretação extensiva do alcance objectivo da cláusula compromissória positivada na lei italiana justifica-se, segundo a doutrina, por corresponder àquilo que as partes teriam, hipoteticamente, negociado, isto é a solução de todos os litígios decorrentes de uma mesma relação jurídica, sem a fragmentação do contencioso entre o tribunal arbitral e o tribunal judicial. Tal fragmentação aumentaria, irracional e desnecessariamente os custos da resolução do contencioso, gerando o risco de decisões contraditórias. Quando as partes pretendem retirar do âmbito da arbitragem determinadas matérias, devem fazê-lo de maneira expressa na cláusula compromissória, promovendo, assim, a certeza jurídica (VITO D’AMBRA, “El arbitraje en Itália”, in *Arbitraje internacional & medios alternativos de solución de litígios: retos y realidades*, R. Fernandes; N. Roura; F. Victoria-Andreu (Coords.), Bushi S.A., 2010, p. 27; veja-se também: ANDREA CARLEVARIS, “Ambito oggettivo dell’accordo compromissorio”, in *Rivista dell’Arbitrato*, N.º 4, Giuffrè Editore, 2010, pp. 611 e ss.; MICHELANGELO CICOGNA; ANDREW G. PATON, “Italy”, in *The International Arbitration Review*, Sixth Edition, James H. Carter (Ed.), Law Business Research, 2015, p. 356; PAULO LICCI, “L’interpretazione della convenzione arbitrale in materia non contrattuale”, in *Rivista dell’Arbitrato*, N.º 4, Giuffrè Editore, 2017, p. 744; CHIARA GIOVANNUCCI-ORLANDI, “La nouvelle réglementation italienne de l’arbitrage après la loi du 2 février 2006”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 1, 2008, p. 24; TIZIANA TAMPRI, “La nouvelle loi italienne de réforme de l’arbitrage”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Editions A. Pedone, 2008, p. 202; PIERO BERNARDINI, *L’Arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè Editore, 2000, pp. 96 e ss.); LINO DIAMVUTU, “Perspectivas de reforma da lei sobre a arbitragem voluntária angolana”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2019, p. 645. O Professor Julian Lew defende, em matéria de arbitragem comercial internacional, no seu Relatório ao Congresso do ICCA de 1998, que a validade da cláusula arbitral deva ser presumida. Retomando as suas palavras, afirma: “*the formal and substantive validity of the arbitration clause is presumed*” (JULIAN D. M. LEW, “The Law applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, in *ICCA Congress Series N.º 9*, p. 123; KLAUS PETER BERGER, “Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?”, in van den Berg (ed.) *ICCA Congress*, ser. N.º 13; *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, p. 313). Os Professores Dolinger e Tiburcio defendem que a análise da validade da convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso arbitral) “deve ser sempre inspirada pela presunção de sua validade, ou seja, de acordo com o princípio do *favor validatis* ou *favor arbitratris* (DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, cit., pp. 134-135). O legislador argentino deu um avanço significativo, formulando no seu artigo 1.656.º do novo Código Civil e Comercial da Nação, o princípio *in dubio pro arbitri*. Na dúvida se a convenção de arbitragem é manifestamente nula ou inaplicável, deve considerar-se que não o seja (DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO; EZEQUIEL H. VETULLI, “Certeza e dúvidas sobre o novo Direito arbitral argentino”, cit., p. 63; DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO; EZEQUIEL H. VETULLI, “The new Argentinian arbitration law: a train in an unknown direction”, cit., pp. 9-11). O legislador equatoriano consagrou o princípio *in dubio pro arbitri*. Em caso de dúvida, o juiz deve adoptar uma atitude pró-arbitragem. O artigo 7 da *Ley de Arbitraje* de 2006 determina *in fine* que “*Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a*

o princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem serve de fundamento à extensão objectiva e subjectiva da convenção de arbitragem, nomeadamente em matéria de grupos societários e grupos de contratos. A extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários constitui um campo de aplicação desse princípio¹⁵⁴¹.

O princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem inverte a lógica jurídica que postula a aferição do consentimento a um contrato no momento da sua formação, por um lado; e por outro, que o silêncio em matéria contratual não implica aceitação¹⁵⁴². É preciso ter em conta o comportamento das partes na celebração, execução ou cessação do contrato que integra a cláusula compromissória. O princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem ressalta nitidamente em matéria de extensão das cláusulas compromissórias a não signatários. Por aplicação deste princípio, os não-signatários estão vinculados à arbitragem; quando não o estiverem pelos mecanismos contratuais, estão-no por meio de comportamentos participativos activos ou determinantes nas negociações, na execução ou na cessação do contrato¹⁵⁴³.

II. No caso *Contrato de Agência* (2011) *supra* referido, tanto o Tribunal da Relação de Lisboa como o Supremo Tribunal de Justiça negaram a extensão a não outorgantes da convenção de arbitragem ao abrigo da teoria de “grupo de empresas”¹⁵⁴⁴.

favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días”. Na doutrina equatoriana, a Professora Vásquez Jara vê nessa disposição a consagração do princípio *in dubio pro arbitri* (MARÍA ELENA JARA VÁSQUEZ, “Decisiones de la Justicia Estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor *arbitralis*”, cit., pp. 159-184). Interessante é a posição do legislador peruano espelhada no Decreto Legislativo sobre a Arbitragem, DL N.º 1071, em vigor desde 2008. Nos termos do seu artigo 14.º, a convenção de arbitragem é extensível a todos aqueles cujo consentimento de submeter-se à arbitragem, de acordo com o princípio da boa fé, pode ser determinado através da sua participação activa e de maneira determinante na negociação, celebração, execução ou cessação do contrato que integra a convenção de arbitragem ou com que a convenção esteja relacionada. A convenção de arbitragem estende-se também aos que tiraram do contrato algum benefício. Na versão original, lê-se que: “*El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según su términos*”. Veja-se também: MIGUEL GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, cit., 189.

¹⁵⁴¹ THOMAS CLAY, Préface, in: LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 20.

¹⁵⁴² LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 262, N. 289.

¹⁵⁴³ Veja-se também: WILLIAM W. PARK, “Non-Signatories and International Arbitration”, cit., pp. 753-754.

¹⁵⁴⁴ DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “A extensão da convenção de arbitragem no quadro dos grupos de empresas e da assunção de dívidas: um vislumbre de conectividade?”, in *ROA*, Lisboa, ano 74, Janeiro/Março 2014, pp. 142 e ss.

O Tribunal da Relação de Lisboa havia decidido no sentido de que o facto de as partes B, C e D se encontrarem numa relação de grupo não bastava para estender à sociedade não outorgante, C, a convenção arbitral. A convenção arbitral celebrada por A, com uma sociedade integrada num grupo de sociedades, apenas vinculava a outorgante, sem embargo de acordo posterior com outras sociedades¹⁵⁴⁵. Por conseguinte, a excepção de preterição do tribunal arbitral não poderia ser invocada por C. O STJ decidira que “a convenção de arbitragem constante da cláusula dum contrato só vale, em princípio, entre os outorgantes (...)”¹⁵⁴⁶.

Do mesmo modo, o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu, conforme atrás referido, em acórdão de 24 de Março de 2015, que “a cláusula compromissória constante dum contrato vale entre os outorgantes que subscreveram o acordo (art. 406.º do Cód. Civil); sem prejuízo, é de admitir a extensão da eficácia dessa cláusula a um terceiro se os signatários o consentirem e o terceiro aderiu (expressa ou tacitamente) à convenção arbitral. A adesão tácita (*implied consent*) deve emergir de factos que com toda a probabilidade a revelem (art. 217.º, n.º 1, parte final do Cód. Civil); para esse efeito não basta que o terceiro tenha tido intervenção na fase das negociações e execução do contrato em que se insere a convenção arbitral, exigindo-se que, concretamente, se possa assentar que o terceiro tinha conhecimento da existência da convenção de arbitragem, estando consciente de que dessa forma seriam resolvidos os litígios emergentes do contrato, assim possibilitando inferência de adesão à cláusula arbitral”¹⁵⁴⁷.

A extensão da convenção de arbitragem ao não signatário, com a consequente desconsideração da exigência de forma escrita, pode ser encarada com base no princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem. Trata-se de uma solução conforme ao *favor arbitrandum* que caracteriza o Direito da Arbitragem em Portugal e pelo mundo afora. A desconsideração da forma escrita da convenção de arbitragem não é uma solução inimaginável no Direito português. Por exemplo, o n.º 5 do artigo 2.º da LAV portuguesa determina que se deve considerar cumprido o requisito da forma escrita da convenção de arbitragem quando exista a troca de uma petição e uma contestação em

¹⁵⁴⁵ Acórdão de 11 de Janeiro de 2011, disponível em www.dgsi.pt

¹⁵⁴⁶ Acórdão de 8 de Setembro de 2011, disponível em www.dgsi.pt

¹⁵⁴⁷ Tribunal da Relação de Lisboa, 24.3.2015, Proc. n.º 7666/13.0TBOER.L1-1, in D. MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3ª Ed., rev. e atualizada, Almedina, 2017, pp. 240-241.

processo arbitral em que a existência de tal convenção seja alegada por uma parte e não seja negada pela outra.

III. O Tribunal da Relação de Coimbra¹⁵⁴⁸ encarou, no já referido caso *Intermarché*, a possibilidade de estender aos dois restantes a cláusula compromissória inserida num dos contratos, numa situação em que, conforme referimos, o pedido e a causa de pedir impunham que o Tribunal apreciasse os três contratos entre partes distintas, sendo eles interdependentes, de tal forma que a declaração de nulidade de qualquer um deles se repercutisse em cada um dos outros contratos. O Tribunal da Relação de Coimbra entendera no seu acórdão datado de 19 de Dezembro de 2012 que não fazia sentido remeter para a apreciação do tribunal arbitral o único dos três contratos em que existia cláusula compromissória, quando uns estão dependentes dos outros¹⁵⁴⁹.

No nosso entender, duas vias apresentavam-se no caso concreto. Segundo uma posição minimalista, o princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem determinaria o respeito pela vontade das partes de sujeitar um dos três contratos à arbitragem. Segundo a posição maximalista, o princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem ditaria que o conjunto dos contratos fossem apreciados pelo tribunal arbitral caso não existissem cláusulas atributivas de jurisdição nos restantes contratos. No caso vertente, tais cláusulas elegiam o foro da comarca de Lisboa. De

¹⁵⁴⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19-12-2012, Proc. n.º 477/11.8TBACN.C1. Disponível em www.dgsi.pt.

¹⁵⁴⁹ A solução teria sido diferente no Direito americano. No já referido caso *Moses H. Cone*, o Tribunal Supremo americano afirmou que “*under the [FAA], an arbitration agreement must be enforced notwithstanding the presence of the other persons who are parties to the underlying dispute but not to the arbitration agreement*”. Segundo o Tribunal da Relação de Coimbra, “(...) nos termos do artigo 96.º, n.º 1, do CPC ‘[o] tribunal competente para a acção é também competente para conhecer dos incidentes que nela se levantem e das questões que o réu suscite como meio de defesa’. Portanto, tendo sido suscitada pelas rés a questão da preterição do tribunal arbitral quanto a um dos contratos mas verificando-se que o mesmo está intrinsecamente dependente dos demais para os quais o tribunal judicial é o competente, pode este conhecer por via deste preceito legal, da matéria que as partes haviam inicialmente submetido a jurisdição arbitral. De facto, tem sido entendido que a expressão ‘incidentes’ referida no n.º 1 do artigo 96.º do Código de Processo Civil deve ser tomada em sentido amplo, englobando também os pedidos acessórios ou dependentes formulados em acumulação real, mesmo quando para o seu conhecimento isoladamente considerado fosse competente foro diferente do comum, isto por via da extensão de competência ou competência conexa consagrada no referido preceito. Esta extensão da competência, como é pacífico, visa evitar a suspensão da causa principal até ao julgamento das questões prejudiciais ou incidentais. Desta sorte, sendo o tribunal judicial competente em razão da matéria para conhecimento de todas as questões suscitadas pelas partes nos presents autos, e existindo uma união de contratos bilateralmente dependentes, será também competente para conhecimento das questões relativas ao único dos três contratos cujos litígios as partes haviam acordado submeter ao tribunal arbitral, por via da extensão de competência prevista no citado preceito legal”.

acordo com SOFIA RIBEIRO MENDES¹⁵⁵⁰, “Embora se trate de um acórdão bem fundamentado, que chega a uma solução que, pelo menos em teoria, tem o mérito de assegurar a coerência do Direito aplicável, privilegiando a união de contratos, não se pode deixar de salientar que a solução mais amiga da arbitragem seria operar a “*cisão de competências*” e proteger a vontade das partes expressa no Contrato de Uso de Insígnia de recorrer à via arbitral”.

Uma posição contrária à jurisprudência do Tribunal da Relação de Coimbra fora tomada pelos tribunais americanos. No caso *Dean Witter Reynolds, Inc. v. Byrd* (1985)¹⁵⁵¹, o Supremo Tribunal Federal americano afirmou que, quando as questões arbitráveis estão interligadas com as questões não arbitráveis, as primeiras deveriam ser dirimidas por via arbitral, mesmo quando o resultado implique procedimentos em diferentes jurisdições¹⁵⁵². Refere-se que “(a) *The Arbitration Act requires district courts to compel arbitration of pendent arbitrable claims when one of the parties files a motion to compel, even when the result would be the possibly inefficient maintenance of separate proceedings in different forums. By its terms, the Act leaves no room for the exercise of discretion by a district court, but instead mandates that district courts shall direct the parties to proceed to arbitration on issues as to which an arbitration agreement has been signed. The Act's legislative history establishes that its principal purpose was to ensure judicial enforcement of privately made arbitration agreements, and not to promote the expeditious resolution of claims. By compelling arbitration of state law claims, a district court successfully protects the parties' contractual rights and their rights under the Arbitration Act. (b) Neither a stay of arbitration proceedings nor joined proceedings is necessary to protect the federal interest in the federal court proceeding. The formulation of collateral estoppel rules affords adequate protection to that interest*”¹⁵⁵³.

O Tribunal de Apelação de Paris, em acórdão datado de 27 de Junho de 2007¹⁵⁵⁴, decidiu que cabia apenas ao tribunal arbitral decidir sobre a sua competência em relação

¹⁵⁵⁰ SOFIA RIBEIRO MENDES, “Cinco anos de vigência da LAV: *Favor arbitrandum* na interpretação e aplicação jurisprudencial”, cit., p. 40.

¹⁵⁵¹ 470 U.S. 213 (1985); JEANETTE JAEGGI, “Ideologies of arbitration”, in *Journal of American Arbitration*, Vol. 1, 2002, p. 251.

¹⁵⁵² JEANETTE JAEGGI, “Ideologies of arbitration”, cit., p. 251.

¹⁵⁵³ 470 U.S. 216-223 (1985).

¹⁵⁵⁴ C. Paris (1re ch. D), 27 juin 2007: Fortis Luxembourg Vie c. Barth Conseil Patrimoine – RG n.º 07/03016; *apud* ALEXY MOURRE; PRISCILLE PEDONE, “Sommaires de jurisprudence française”, cit., p. 575.

a uma cláusula arbitral que não seja manifestamente inaplicável, ainda que se constate a indivisibilidade do litígio e o risco de contrariedade de decisões. *In verbis*: “*Convention d’arbitrage – Nullité ou inapplicabilité manifeste – Indivisibilité du litige – Risque de contrariété de décisions. Il appartient au seul tribunal arbitral de statuer sur l’étendue de sa saisine au regard d’une clause qui n’est pas manifestement inapplicable et alors que la constatation d’une indivisibilité du litige susceptible d’entraîner un risque de contrariété de décisions ne fait pas obstacle au jeu de la clause d’arbitrage*”.

IV. Não é intransponível no Direito português o requisito da forma escrita da convenção de arbitragem. Se o requisito da forma escrita assenta no facto de a arbitragem determinar a renúncia ao direito de acesso ao juiz estadual, importa referir que não se trata de um direito substantivo ou de natureza creditícia. Não há, na verdade, renúncia a direito algum, de modo peremptório, com a escolha da via arbitral. As legislações estaduais ainda organizam sempre um modo de as partes voltarem ao foro judicial quando o desejem, pelo mecanismo de controlo da sentença arbitral por via de recursos, acção de anulação ou oposição à execução da sentença arbitral¹⁵⁵⁵.

ESTEVES DE OLIVEIRA¹⁵⁵⁶ e outros, comentando esta disposição da lei portuguesa, referem que “não é de uma peculiar forma escrita de convenção de arbitragem que se trata neste n.º 5 do artigo 2.º da LAV, mas do reconhecimento, já no decurso da fase processual da arbitragem – para suprir, por exemplo, a falta de documento perdido ou formalizar uma convenção que se tivesse estabelecido em termos equívocos –, de que tal convenção existia, existe mesmo, e que foi celebrada por escrito”. Prosseguindo com a explicação da *ratio* desta norma, afirmam que: “Para que se legitime por esta via a falta de apresentação de convenção de arbitragem escrita, é necessário, então, que a existência de uma convenção de arbitragem escrita (ou, mesmo, de uma convenção oral) e o seu conteúdo essencial – quanto ao objeto do litígio e à eventual existência de outros compromitentes – sejam invocados na petição.” Sobre

¹⁵⁵⁵ Veja-se: FERNANDO AGUILAR, “Notas sobre la interpretación de la convención arbitral”, in *Buenos Aires*, Marzo 28 de 2007 – JA 2007-I, fascículo n.º 13, p. 10.

¹⁵⁵⁶ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, cit., p. 75.

o referido n.º 5 do artigo 5.º da LAVP, o Professor MOURA VICENTE¹⁵⁵⁷ reconhece que a exigência de forma escrita ficou mitigada.

V. Apraz-nos aqui fazer uma pequena digressão pelo mundo da responsabilidade civil para sublinhar como os dogmas individualistas e voluntaristas têm cedido, no Direito moderno, face à relevância sempre crescente do interesse colectivo¹⁵⁵⁸. Como observa o Professor ALMEIDA COSTA¹⁵⁵⁹, “O fenómeno revela-se particularmente nítido em matéria de responsabilidade civil. Desde logo, esta desviou-se do subjectivismo para as concepções objectivas: ou admitindo que pessoas isentas de culpa respondam por danos causados, ou como decorrência de uma evolução registada no próprio conceito de culpa”. Na perspectiva clássica, a condição essencial da responsabilidade civil incide na culpa, consistindo num facto intencional, ou em simples imprudência ou negligência. Hodiernamente, e fruto do desenvolvimento tecnológico e industrial, acolheu-se a ideia, em casos excepcionais, de uma responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objectiva (v.g. acidentes de trabalho, acidentes de viação, a responsabilidade do produtor, *etc.*)¹⁵⁶⁰. A evolução prosseguiu até ao reconhecimento da responsabilidade por intervenções lícitas.

Vale isto para dizer que o Direito acompanha a evolução da sociedade. A própria dogmática jurídica não é estática. Admitir que os não signatários de uma convenção de arbitragem possam ser vinculados com base na teoria de grupo de sociedades ou de contratos ou por aplicação do princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem, não é muito diferente de admitir a responsabilidade civil sem o requisito da culpa, ou seja, numa base objectiva, o que sempre deixa admirado qualquer leigo na matéria.

No campo do Direito civil, a concepção clássica erige a culpa como fundamento da responsabilidade civil. No campo do Direito da Arbitragem, o consentimento à convenção de arbitragem é o fundamento da arbitragem. No entanto, com o desenvolvimento do comércio internacional e, em particular, com a multiplicidade de *joint ventures* que se formam pelo mundo fora, é chegada a hora de se considerar que

¹⁵⁵⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, “Convenção de arbitragem: problemas actuais”, in *O Direito*, Ano 147.º, II, Almedina, 2015, p. 309.

¹⁵⁵⁸ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12ª Ed. rev. e act., Almedina, 2009, p. 528.

¹⁵⁵⁹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, cit., p. 528.

¹⁵⁶⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 7ª Edição, Almedina, 2015, p. 837.

novas formas de apurar o consentimento no âmbito de grupos de sociedades ou de contratos devem merecer a atenção do julgador, nomeadamente, por via de indícios objectivos como a participação de maneira activa, determinante ou decisiva nas negociações, na execução ou na cessação do contrato, *etc.*.

Mas, no fundo, o que importa para a vinculação do não signatário à convenção arbitral não é tanto a sua vontade tácita, mas a situação criada pelo seu comportamento objectivo, à luz do princípio da tutela da confiança. E, o princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem se funda no princípio da tutela da confiança¹⁵⁶¹.

1.2. Uma jurisprudência hesitante

I. O Caso *Dallah*¹⁵⁶²: uma resposta “inglesa” à desenvoltura dos tribunais franceses no caso *Putrabali*¹⁵⁶³? Uma sociedade de Direito saudita “Dallah” assinou em 24 de Julho de 1995 um Memorando de Entendimento (*Memorandum of Understanding*) com o Ministério dos Negócios Religiosos do Paquistão, com vista à construção de edifícios que serviriam de alojamento aos peregrinos para os lugares santos na Arábia Saudita. Em 21 de Janeiro de 1996, o Presidente do Paquistão promulga um instrumento legislativo (“*Ordinance*”) que constitui o *Awami hajj Trust* para manter um fundo financiado com as contribuições dos peregrinos e filantropos.

Em 10 de Setembro de 1996, a *Dallah* celebra com o *Awami Hajj Trust* um contrato relativo à construção de residências para 45.000 peregrinos a Meca e a sua locação por 99 anos pela *Dallah*. Tal contrato continha uma cláusula arbitral CCI. Posteriormente à celebração do Contrato, o *Trust* deixa de existir pelo facto de não ter

¹⁵⁶¹ LINO DIAMVUTU, “Perspectivas de reforma da lei sobre a arbitragem voluntária angolana”, cit., p. 646.

¹⁵⁶² CATHERINE KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, cit., p. 467; SOFIA MARTINS; URÍA MENÉNDEZ-PROENÇA DE CARVALHO, “Arbitragens complexas: um comentário ao caso *Dallah*”, in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2012, pp. 37-53; TELMA PIRES DE LIMA, “Anotação ao Acórdão *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*”, in *100 Anos de arbitragem – Os casos essenciais comentados*, Coimbra Editora, 2015, pp. 291-315; JORGE MORAIS CARVALHO; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Arbitragens complexas: questões materiais e processuais”, cit., pp. 129-130.

¹⁵⁶³ No caso *Putrabali*, o Tribunal de Apelação de Paris e o Tribunal de Cassação francês por acórdão de 29 de Junho de 2007 reconheceram uma sentença arbitral, datada de 10 de Abril de 2001, anulada pelo *High Court* de Londres, afirmando que a sentença arbitral internacional não se integra em nenhuma ordem jurídica, sendo uma decisão de justiça internacional cuja regularidade deve ser apreciada de acordo com as regras aplicáveis no país onde o seu reconhecimento e a sua execução forem requeridos. Um ano depois do acórdão do Tribunal de Cassação, o *High Court*, sem ambages, recusa-se a admitir a extensão da cláusula compromissória a não signatário com base na sua participação nas negociações, execução ou resolução do contrato celebrado entre as partes.

renovado em 6 de Novembro de 1996 o Despacho presidencial que instituiu o *Trust* como entidade jurídica. O Ministério releva o incumprimento das suas obrigações contratuais pela Dallah. Dallah inicia contra o Ministério a arbitragem junto da CCI. O Tribunal arbitral decide por sentença datada de 26 de Junho de 2001 que o Governo paquistanês está vinculado pela cláusula compromissória e em sentenças subsequentes (19 de Janeiro de 2004 e 23 de Junho de 2006) determina a responsabilidade do Governo paquistanês para com Dallah¹⁵⁶⁴.

Perante os Tribunais ingleses, o *High Court* e depois o *Court of Appeal*, fazendo aplicação do Direito francês (lei da sede da arbitragem designada pelas regras de conflito inglesas) decidiram em 1 de Agosto de 2008 e 20 de Julho de 2009, respectivamente, que o Governo paquistanês não é parte na convenção de arbitragem, julgando improcedente o recurso por Dallah da decisão de anulação da *Order* emitida em 9 de Outubro de 2006 por um juiz inglês que admitia a execução da sentença arbitral proferida em 23 de Junho de 2006.

Este entendimento foi corroborado pelo *Supreme Court* inglês¹⁵⁶⁵. Segundo LORD HOPE¹⁵⁶⁶: “*The essential question in this case (...) is whether the Government of Pakistan has proved that there was no common intention (applying French law principles) between it and Dallah that it should be bound by the arbitration agreement. This is a matter which goes to the root of the question whether there was jurisdiction to make the award. As such, it must be for the court to determine. It cannot be left to the determination of the arbitrators. (...) I agree that the facts point inevitably to the conclusion that there was no such common intention. (...) I also agree that the Court of Appeal was right not to interfere with the judge’s exercise of his discretion to refuse enforcement of the award. I too would dismiss the appeal*”.

Ao contrário, o Tribunal de Apelação de Paris, em acórdão datado de 17 de Fevereiro de 2011, considerou que o Governo paquistanês, não signatário do contrato, estava vinculado à cláusula compromissória. O critério da extensão da cláusula arbitral é um critério objectivo. O simples facto de que a parte não signatária esteja implicada na execução do contrato em causa determina a extensão da cláusula arbitral a essa parte.

¹⁵⁶⁴ TELMA PIRES DE LIMA, “Anotação ao Acórdão *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*”, cit., pp. 292-293.

¹⁵⁶⁵ TELMA PIRES DE LIMA, “Anotação ao Acórdão *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*”, cit., pp. 293-294.

¹⁵⁶⁶ Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0165-judgment.pdf>

O que importa para o Tribunal de Apelação não é a vontade tácita do Governo paquistanês de se vincular ao contrato, mas a situação criada pelo comportamento objectivo do Governo do Paquistão.

Assim, para o Tribunal de Apelação de Paris ¹⁵⁶⁷ : “*L’implication du Gouvernement de la République, Ministère des Affaires Religieuses, sans qu’il soit fait état d’actes accomplis par le Trust, comme son comportement lors des négociations pré-contractuelles confirment que la création du Trust était purement formelle, et que le Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires Religieuses comme Dallah en convenait s’est comporté comme la véritable partie pakistanaise lors de l’opération économique*”.

A reticência dos tribunais ingleses em relação à questão da extensão a não signatários da convenção de arbitragem quando se demonstre a sua implicação na celebração ou execução do contrato não é acompanhada do pragmatismo que se lhes reconhece na formulação das suas decisões. O princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem deveria prevalecer no caso concreto.

II. No caso CCI n.º 8420 (1996)¹⁵⁶⁸, o tribunal arbitral apreciou a questão de saber se o princípio do *favor validitatis* permitia a admissão da existência de uma convenção de arbitragem entre partes por referência tácita, tendo respondido negativamente. As partes haviam celebrado um contrato principal, de agência visando a promoção da venda de certos produtos. E, procederam posteriormente à celebração de um Protocolo e de um Acordo de desembaraço aduaneiro visando o arrendamento de instalações, contratação de pessoal para venda e desalfandegamento de bens. Os dois últimos contratos não continham uma cláusula arbitral. Para o tribunal arbitral, os mesmos não emendavam, nem complementavam o primeiro. Por conseguinte, a validade da arbitragem por referência tácita não podia ser aceite para que os litígios surgidos no âmbito dos dois últimos contratos fossem dirimidos por via arbitral por meio de uma interpretação *in favorem validitatis*.

Segundo o tribunal arbitral afirmou: “*Therefore the objection raised by the defendant must be admitted. Even if the arbitrator is fully aware of the trend in*

¹⁵⁶⁷ TELMA PIRES DE LIMA, “Anotação ao Acórdão *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*”, cit., p. 302, nota de rodapé n.º 29.

¹⁵⁶⁸ In *Collection of ICC Arbitral Awards*, 1996-2000, cit., p. 401.

international arbitration to interpretate arbitration agreements in the widest possible way ‘in favorem validitatis’, (...) arbitration [being] a usual practice in international business matters, the present dispute does not show any of the necessary peculiarities developed especially by foreign case law in order to admit the existence of an arbitration agreement by tacit reference. The Protocole and the Customs clearance letter do not form an economic unit (‘unité économique’) with the agency agreement, neither are they an amending contract (‘contrat accessoire’) to the latter, nor are they a necessary and previously agreed consequence of the agency agreement”.

Esta solução segue a jurisprudência dos tribunais alemães que admitem a validade da arbitragem por referência tácita quando o segundo contrato celebrado pelas partes constitui apenas um instrumento para implementar, emendar ou completar o primeiro contrato existente entre elas, ou apresenta-se como uma consequência necessária do primeiro ¹⁵⁶⁹. O princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem permitiria a extensão da cláusula compromissória aos demais contratos celebrados pelas partes contanto que existisse a indivisibilidade ou interdependência dos contratos. O facto de a cláusula compromissória constar apenas de um único contrato, e não existir nenhuma cláusula atributiva de jurisdição nos demais contratos, configura, no nosso entender, uma situação favorável para a aplicação do princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem.

III. *Royal Football Club Seraing United vs. FIFA* e outros (2018) ¹⁵⁷⁰. Um litígio opôs o FC Seraing, uma equipa de futebol de terceira divisão à FIFA na sequência das sanções tomadas por esta contra aquela, pela celebração de um Acordo *TPO* (*Third Party Ownership*), visando a alienação de direitos financeiros de jogadores a uma terceira entidade (Doyen Sports Investment Ltd). Tais acordos TPO são proibidos pelos regulamentos da FIFA desde 2015. À decisão da Comissão de Disciplina sucederam-se as da Comissão de Apelação da FIFA e do TAS, confirmando as sanções

¹⁵⁶⁹ In *Collection of ICC Arbitral Awards*, 1996-2000, cit., p. 400.

¹⁵⁷⁰ Disponível em: <http://www.iusport.es/resoluciones-judiciales/SENTENCIA-CORTE-APELACION-BRUSELAS-TAS-2018-anonimizada.pdf>; DESPINA MAVROMATI, “SFT Judgment 4^a_260/2017 in the TPO case between FC Seraing v. FIFA & the Brussels Court of Appeal Decision: A parallel Universe”, p. 2 e *passim*; disponível em: <http://sportlegis.com/the-swiss-federal-judgment-in-the-third-party-ownership-case-fc-seraing-v-fifa-and-the-decision-of-the-brussels-court-of-appeal-a-parallel-universe/>; veja-se também: <https://www.lesoir.be/175918/article/2018-08-31/football-la-cour-dappel-de-bruxelles-declare-illegaux-les-statuts-de-la-fifa>; CAROLINE DOS SANTOS, “The RFC Seraing’s saga goes on: arbitration clause contained in FIFA’s statutes held invalid under Belgian law”, in *ASA Bulletin*, Vol. 36, N.º 4, 2018, pp. 923-924.

aplicadas ao FC Seraing. Foram intentadas pelo FC Seraing diversas acções junto do Tribunal de primeira instância de Liège e de Bruxelas para a suspensão das sanções disciplinares do TAS.

Ao recurso interposto junto do Tribunal de Apelação de Bruxelas, este decidiu reabrir o debate em torno do poder de jurisdição dos tribunais belgas em presença da cláusula arbitral prevista pelos Estatutos da FIFA. Nos termos do artigo 1681.º do Código Judiciário, “*une convention d’arbitrage est une convention par laquelle les parties soumettent à l’arbitrage tous les différends ou certains différends qui sont nés ou pourraient naître entre elles au sujet d’un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel*”¹⁵⁷¹. A lei belga exige que a relação jurídica de que resulte o litígio seja determinada. A relação jurídica determinada (“*rapport de droit déterminé*”) visa, entre outros, o conjunto de obrigações resultantes dum contrato entre as partes ou o conjunto de relações jurídicas dum carácter particular, não sendo possível prever de modo geral que todos os litígios que possam surgir entre duas partes serão resolvidos por via arbitral, sans qualquer referência a uma determinada relação jurídica. Tal exigência reporta-se, segundo o Tribunal de Apelação, ao direito de acesso à justiça (artigo 6.1. CEDH e artigo 47 da Carta dos Direitos do Homem da UE), ao respeito da vontade das partes (evitando-se a aplicação da cláusula a litígios que não podiam antecipar), e até, à preocupação de evitar que uma parte em posição de maior poder económico possa impor à parte contrária um foro geral a que não consita.

Ora, o artigo 59.º, n.ºs 1 e 2 dos Estatutos da FIFA determina que “*Les confédérations, les membres et les ligues s’engagent à reconnaître le TAS comme instance juridictionnelle indépendante. Ils s’engagent à prendre toutes les dispositions nécessaires pour que leurs membres ainsi que leurs joueurs et officiels se soumettent à l’arbitrage du TAS*” e ainda “*Tout recours devant un tribunal ordinaire est interdit, sauf s’il est spécifiquement prévu par les règlements de la FIFA (...)*”. E o artigo 66.º dos Estatutos da FIFA dispõe que “*La FIFA reconnaît le recours au (...) TAS (...) en cas de litige entre la FIFA, les membres, les confédérations, les ligues, les clubs (...)*”¹⁵⁷².

¹⁵⁷¹ Disponível em: <http://www.iusport.es/resoluciones-judiciales/SENTENCIA-CORTE-APELACION-BRUSELAS-TAS-2018-anonimizada.pdf>

¹⁵⁷² Disponível em: <http://www.iusport.es/resoluciones-judiciales/SENTENCIA-CORTE-APELACION-BRUSELAS-TAS-2018-anonimizada.pdf>

O Tribunal de Apelação de Bruxelas considerou, no seu acórdão de 29 de Agosto de 2018, que a referida cláusula era redigida de modo tão amplo que a mesma não se referia a uma relação jurídica determinada ou específica. Segundo o Tribunal, “(...) *la soumission à l’arbitrage est prévue de manière générale à tout litige entre certaines parties, incluant la FIFA, l’UEFA, l’URBFSA et les clubs de football (donc le RFC Seraing) mais sans aucune précision ou indication quant au rapport de droit concerné. L’arbitrage du TAS est ainsi prévu comme mode de règlement pour tout litige entre ces parties, avec une portée générale, sous réserve de dispositions différentes concernant des litiges de type particulier. La volonté des rédacteurs de la clause est visiblement d’appréhender tout type de litige entre les parties désignées, ce qui en fait une clause générale, qui ne peut recevoir d’application, car ne constituant pas une clause d’arbitrage reconnue en droit belge*”¹⁵⁷³. Em vão alegou a FIFA que a cláusula aplicar-se-ia apenas aos litígios de desporto, uma vez que o TAS só poderia conhecer de tais litígios.

Para o Tribunal de Apelação, o princípio do *favor arbitrandum* não é um princípio geral do Direito que permita circunscrever o âmbito de aplicação da cláusula arbitral, contrariando o disposto no Código Judiciário belga. Nos termos da decisão : “*Les appelantes invoquent en vain le principe de ‘favor arbitrandum’, qui ne constitue pas un principe général de droit qui permettrait d’aller à l’encontre de la règle de spécificité de la convention d’arbitrage prévue aux articles 1681 et 1682 du Code judiciaire*”¹⁵⁷⁴.

A decisão do Tribunal belga põe em evidência as diferenças que podem existir nos diversos ordenamentos jurídicos relativamente ao conteúdo e alcance da interpretação da convenção de arbitragem de acordo com o princípio do *favor arbitrandum*. Aliciante pela lógica da sua argumentação, esta solução é, no nosso entender, desajustada. No caso em apreço, defendemos que o princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem permitiria a validação da cláusula arbitral à luz do Direito belga. A exigência de um “*rapport de droit déterminé*”¹⁵⁷⁵ não se

¹⁵⁷³ Disponível em <http://www.iusport.es/resoluciones-judiciales/SENTENCIA-CORTE-APELACION-BRUSELAS-TAS-2018-anonimizada.pdf>

¹⁵⁷⁴ Disponível em <http://www.iusport.es/resoluciones-judiciales/SENTENCIA-CORTE-APELACION-BRUSELAS-TAS-2018-anonimizada.pdf>

¹⁵⁷⁵ No Direito português, o Professor Menezes Cordeiro refere que “Na cláusula indica-se a relação, contratual ou extracontratual, em cujo decurso possa resultar o litígio a dirimir. A relação pode ser identificada objectiva (um certo contrato) ou subjetivamente (as dúvidas que em certo desempenho surjam entre as partes, por exemplo). Não é possível fixar uma cláusula compromissória que vise todos

revelou contrariada pela FIFA, uma vez que o litígio surgido entre as partes e o objecto da decisão arbitral do TAS relacionava-se com a actividade desportiva. O Tribunal de Apelação fez uma aplicação inutilmente zelosa da lei. O excesso de positivismo jurídico estadual não é de natureza a servir os interesses da arbitragem internacional. A cláusula arbitral contida nos Estatutos da FIFA remete a resolução de litígios com os seus membros para o TAS. E, o TAS ocupa-se da resolução de litígios desportivos.

Se é possível validar o compromisso arbitral que não determina directamente o objecto do litígio, desde que fosse possível proceder, de outro modo, à sua determinação – como vem previsto nalguns ordenamentos jurídicos, v.g. no Direito angolano [Art. 4.º, nº 1, alínea d) da LAV] –, deve ser possível a validação de uma convenção de arbitragem (cláusula compromissória) que abranja uma relação jurídica determinável. Não há razões ponderosas que se oponham a isso. O princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem deve permitir a validação de uma convenção de arbitragem (cláusula compromissória) visando a resolução de diferendos resultantes de uma relação jurídica que embora não seja determinada em concreto na referida convenção, possa ser, de outro modo, determinada. Por outras palavras, deve-se validar uma convenção de arbitragem que vise litígios determináveis.

2. Princípio da arbitrabilidade dos litígios ou *favor arbitrandum* (*stricto sensu*)¹⁵⁷⁶

Das manifestações do princípio do *favor arbitrandum* relativas à competência do tribunal arbitral pode retirar-se um princípio de competência arbitral, sob reserva das disposições legais imperativas e da ordem pública interna ou internacional. Tal princípio de competência arbitral encontra o seu campo de aplicação por excelência em

e quaisquer litígios entre duas pessoas; a indeterminabilidade seria total. Antes caberia explicitar: litígios em certo âmbito ou num determinado quadro. A ‘relação jurídica’ exigida (...) não o é em sentido técnico-jurídico, equivalente a relação obrigacional: pode abarcar várias relações atuais ou potenciais desde que determináveis. Ao *favor negotii* juntaríamos um *favor arbitrationis*” (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem* ..., cit., p. 108). Em sentido técnico-jurídico, a relação jurídica é “toda relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante atribuição a uma pessoa de um direito subjectivo e a imposição a outra pessoa de um dever jurídico ou de uma sujeição”. Num sentido amplo, designa-se por relação jurídica “toda a situação ou relação da vida social relevante para o Direito (juridicamente relevante), isto é, produtiva de efeitos jurídicos e, portanto disciplinada pelo Direito” (CARLOS ALBERTO B. BURITY DA SILVA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª Edição revista e actualizada, Luanda, 2014, p. 214).

¹⁵⁷⁶ FABIEN GÉLINAS, “*Favor arbitrandum et favor validitatis*”, cit., p. 31; SOFIA RIBEIRO MENDES, “Cinco anos de vigência da LAV: *Favor arbitrandum* na interpretação e aplicação jurisprudencial”, cit., p. 33.

matéria de arbitrabilidade objectiva (2.1.). Feita a análise do princípio da arbitrabilidade dos litígios, passaremos em revista a jurisprudência internacional pertinente sobre a questão (2.2.).

2.1. Presunção de arbitrabilidade apenas limitada pelo carácter fundamentalmente indisponível da matéria, pela violação da reserva de ordem pública internacional ou pela sua exclusão expressa da competência arbitral pelo legislador

I. O *favor arbitrandum* (*stricto sensu*) analisa-se como um critério de decisão em matéria de arbitrabilidade objectiva. O *favor arbitrandum* postula que, em caso de dúvida quanto à arbitrabilidade ou inarbitrabilidade, a questão deva ser resolvida a favor da arbitragem¹⁵⁷⁷. A incompatibilidade entre a cláusula arbitral e um Direito pretensamente aplicável que reputa inarbitrável o litígio deve resolver-se a favor da arbitrabilidade porque os árbitros devem presumir que as partes não quiseram situar as suas relações contratuais num sistema não adequado para a solução arbitral dos seus litígios¹⁵⁷⁸. Conforme afirmou BERNARD HANOTIAU¹⁵⁷⁹, “*l’on voit en effet de plus en plus la favor arbitrandum dominer la détermination de l’arbitrabilité du litige*”.

CRAIG, PARK e PAULSSON¹⁵⁸⁰ assumem uma posição idêntica, ao afirmar que “*If it is true that the arbitral tribunal should look to the intent of the parties in determining whether a claim is arbitrable, there must be a heavy presumption in favor of arbitrability*”. Outros autores como FRÉDÉRIC HENRY¹⁵⁸¹, CHARLES JARROSSON¹⁵⁸², MAURICE KRINGS¹⁵⁸³ analisam o *favor arbitrandum* como um movimento progressivo a favor da arbitrabilidade. Segundo MAZZUOLI e MASSA¹⁵⁸⁴, o princípio do *favor arbitrandum* é o mais importante princípio da arbitragem

¹⁵⁷⁷ ISMAIL SÉLIM, *L’ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., pp. 258-259.

¹⁵⁷⁸ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 910.

¹⁵⁷⁹ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, cit., p. 910.

¹⁵⁸⁰ W. LAURENCE CRAIG; WILLIAM W. PARK; JAN PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 62.

¹⁵⁸¹ FRÉDÉRIC HENRY, “Les progrès de l’arbitrage: existe-t-il encore des pans entiers du droit qui, pour tous leurs aspects, ne peuvent donner lieu à l’arbitrage/arbitrabilité”, cit., p. 193.

¹⁵⁸² CHARLES JARROSSON, “Response to the report of Mr. Frédéric Henry”, cit., p. 208.

¹⁵⁸³ MAURICE KRINGS, “Les limites de l’arbitrabilité”, cit., p. 217.

¹⁵⁸⁴ VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI; DIEGO LUIS ALONSO MASSA, “Should BIT dispute resolution clauses be treated as agreements between Investor and Host State”, in *Asian International Arbitration Journal*, Kluwer Law International, 2015, Vol. 11, N.º 1, p. 74.

internacional que serve para estender os limites da arbitragem. Os referidos autores afirmam que “*The most important guiding principle of international arbitration that has developped in recent decades is the principle of ‘favor arbitrandum’, which is simply the extrapolation of a solid scholarly, jurisprudential, and normative trend at a transnational level in favour of extending the limits which arbitration as a method of conflict resolution par excellence may be faced with*”. Em sentido idêntico se pronuncia TERCOTTI¹⁵⁸⁵, para quem o princípio do *favor arbitrandum* é um princípio “segundo o qual, na dúvida, deve-se privilegiar a arbitragem”.

II. De acordo com o princípio do *favor arbitrandum*, a arbitrabilidade nas arbitragens internacionais deve ser analisada à luz dos requisitos da ordem pública internacional. As limitações em matéria de arbitrabilidade em contratos internos não são aplicáveis aos contratos de comércio internacionais. O simples facto de uma determinada lei determinar que certa matéria deve ser apreciada pelo tribunal judicial, não implica a exclusão da jurisdição arbitral para este tipo de matérias. A exclusão da jurisdição arbitral deve ser expressa. Esta última afirmação suscita uma interrogação na medida em que se dá por certa a exclusão da matéria penal ou de falência da jurisdição arbitral, sem no entanto, existir uma disposição legal expressa nesse sentido¹⁵⁸⁶. Trata-se, a nosso ver, de matérias cuja inarbitrabilidade é reconhecida quase universalmente. Fora delas, entendemos que a exclusão da arbitragem deve ser expressa.

2.1.1. Carácter fundamentalmente indisponível da matéria: o reconhecimento da competência *ex arbitrandum* do juiz estadual

I. O princípio de arbitrabilidade dos litígios ou *favor arbitrandum* (*stricto sensu*) determina a arbitrabilidade de todos os litígios de natureza patrimonial ou de direitos que sejam transigíveis, salvo exclusão legal expressa. O carácter fundamentalmente indisponível da matéria submetida à arbitragem configura o reconhecimento da competência *ex arbitrandum* do juiz estadual¹⁵⁸⁷. A competência *ex arbitrandum* do

¹⁵⁸⁵ Veja-se em: <http://notasdeauladesandrahelenaterciotti.blogspot.com/2017/>.

¹⁵⁸⁶ FABIEN GÉLINAS, “*Favor arbitrandum et favor validitatis*”, cit., p. 31; SOFIA RIBEIRO MENDES, “Cinco anos de vigência da LAV: *Favor arbitrandum* na interpretação e aplicação jurisprudencial”, cit., p. 33.

¹⁵⁸⁷ ISMAIL SÉLIM, *L’ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., pp. 258-259.

juiz estadual resulta da exclusão de forma absoluta da competência arbitral por razões de ordem pública¹⁵⁸⁸. O *jus imperium*, a soberania do Estado ou outro interesse público maior determinam que algumas matérias sejam atribuídas ao juiz estadual. Um limite à arbitrabilidade objectiva pode respeitar às matérias fundamentalmente indisponíveis.

As matérias fundamentalmente indisponíveis encontram-se,¹⁵⁸⁹ v.g., no domínio do Direito penal, Direito da Família e falências, *etc.* A matéria penal é inarbitrável por natureza uma vez que as suas normas protegem os interesses públicos superiores que a vontade privada não pode influenciar¹⁵⁹⁰. Por outro lado, a realização dos seus objectivos passa necessariamente pela intervenção das autoridades judiciais¹⁵⁹¹. No entanto, importa referir que tudo isso vale em relação à acção pública. A acção civil *stricto sensu* relacionada com a infracção é arbitrável desde que os direitos sejam disponíveis e que a lei não atribua o seu conhecimento a uma determinada jurisdição¹⁵⁹². A aplicação de uma pena de prisão (privação ou compressão da liberdade) é “monopólio intangível do Estado”, não se admitindo que um particular determine a privação da liberdade de outro particular¹⁵⁹³. Por outro, uma pena de multa é, na falta de bens suficientes, convertível¹⁵⁹⁴ em prisão por tempo correspondente. Tal decisão não pode ser proferida por árbitros¹⁵⁹⁵.

No âmbito do Direito da Família¹⁵⁹⁶, os litígios relativos ao estado e à capacidade de pessoas são excluídos da arbitragem, assim como as questões relativas ao casamento, ao divórcio e à separação de pessoas. Não será possível confiar ao árbitro a resolução de uma questão de divórcio, de perfilhação ou de protecção de um incapaz. Contudo, a arbitragem volta a ser possível para a resolução de litígios patrimoniais relacionados com a incapacidade ou o estatuto familiar. Por exemplo, o tribunal arbitral pode decidir acerca da anulação de um contrato celebrado por um incapaz (desde que a

¹⁵⁸⁸ ISMAIL SÉLIM, *L'ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., pp. 258-259.

¹⁵⁸⁹ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité”, cit., p. 253.

¹⁵⁹⁰ FRANÇOIS-XAVIER TRAIN, “L’arbitrage à l’épreuve des procédures pénales, Paris, 23 novembre 2018: Introduction”, in *Revue de l'Arbitrage*, N.º 1, 2019, p. 5.

¹⁵⁹¹ FRANÇOIS-XAVIER TRAIN, “L’arbitrage à l’épreuve des procédures pénales, Paris, 23 novembre 2018: Introduction”, cit., p. 5.

¹⁵⁹² FRANÇOIS-XAVIER TRAIN, “L’arbitrage à l’épreuve des procédures pénales, Paris, 23 novembre 2018: Introduction”, cit., p. 5.

¹⁵⁹³ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de litígios com entes públicos*, Almedina, 2007, p. 104.

¹⁵⁹⁴ Veja-se p. ex. , o artigo 122.º do Código Penal angolano.

¹⁵⁹⁵ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, cit., pp. 104-105.

¹⁵⁹⁶ Veja-se: LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 118.

incapacidade não seja discutida) ou proceder à liquidação e partilha de bens do casal. Obviamente, só o compromisso arbitral é possível nestes domínios¹⁵⁹⁷.

As questões falimentares escapam ao foro arbitral. A situação de falência ou de insolvência tem a ver com a organização económica do Estado. A declaração de falência ou de insolvência é da competência exclusiva dos tribunais judiciais¹⁵⁹⁸. Contudo, são arbitráveis as demandas cujo objecto seja a dissolução da sociedade, desde que não se trate de dissolução de sociedade falida ou insolvente, que são casos puros de falência ou *pure bankruptcy issues*¹⁵⁹⁹.

II. A Professora VAN DE CASTEELE¹⁶⁰⁰ refere que a intensidade da inarbitrabilidade varia em função das finalidades da ordem pública, ou melhor, das objectivos da regra de ordem pública. Em primeiro lugar, a ordem pública que visa proteger os interesses de uma das partes tendo em conta a sua situação de particular “fragilidade”, neutraliza a cláusula compromissória. No entanto, a ordem pública não faz obstáculo ao compromisso e à cláusula compromissória no âmbito da arbitragem internacional¹⁶⁰¹. Em segundo lugar, a ordem pública que se destine a proteger os interesses de terceiros apresenta-se, em regra geral, sob a forma de competência exclusiva de jurisdição. Tais competências exclusivas não excluem a arbitragem (cláusula compromissória e compromisso), a não ser que tais interesses estejam directamente em causa¹⁶⁰². Em terceiro lugar, quando a ordem pública se destina a proteger o interesse geral, a inarbitrabilidade resulta, ou de uma total indisponibilidade dos direitos em causa quando a norma visa assegurar o respeito da dignidade humana,

¹⁵⁹⁷ NOUGEIN; REINHARD; ANCEL; RIVIER; BOYER; GENIN, *Guide Pratique de l'Arbitrage et de la Médiation Commerciale*, Éditions du Juris-Classeur, 2004, p. 15; LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., pp. 110-111.

¹⁵⁹⁸ LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 111; Veja-se os artigos 1190.º e ss. do CPC angolano.

¹⁵⁹⁹ PEDRO A. BATISTA MARTINS, *Arbitragem no Direito societário*, Quartier Latin, 2012, p. 222; LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 112.

¹⁶⁰⁰ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 206.

¹⁶⁰¹ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 206.

¹⁶⁰² LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 206.

ou de competências exclusivas de jurisdição se o direito em causa visa proteger os interesses da sociedade¹⁶⁰³.

2.1.2. Violação da reserva de ordem pública internacional

A redução da inarbitrabilidade depende do grau de abertura à arbitragem pelas leis arbitrais e a jurisprudência de cada Estado, nomeadamente a aplicação pelos tribunais da violação da reserva da ordem pública internacional como limite à arbitrabilidade¹⁶⁰⁴. Uma regra material impõe-se: o princípio da arbitrabilidade dos litígios do comércio internacional, sob a reserva das exigências da ordem pública internacional¹⁶⁰⁵.

O Professor LIMA PINHEIRO¹⁶⁰⁶ refere que “O Direito Transnacional da Arbitragem não contém regras precisas em matéria de arbitrabilidade objectiva. Não obstante (...), parece que o Direito Transnacional da Arbitragem consagra pelo menos o princípio da arbitrabilidade dos litígios em matéria de contratos do comércio internacional. Indo mais além, poderá porventura defender-se que o Direito Transnacional da Arbitragem permite aos árbitros ocuparem-se de todas as matérias que não sejam inarbitráveis por força da ordem pública transnacional”.

Esta posição deve ser defendida em matéria da arbitragem comercial internacional na medida em que favorece o desenvolvimento da arbitragem e promove uma harmonização internacional do critério da arbitrabilidade dos litígios decorrentes de contratos comerciais internacionais.

2.1.3. Exclusão expressa da competência arbitral pelo legislador

¹⁶⁰³ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 206.

¹⁶⁰⁴ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, cit., p. 43.

¹⁶⁰⁵ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 548, N. 645.

¹⁶⁰⁶ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional ...*, cit., p. 467: “No que toca à arbitrabilidade subjectiva, a jurisprudência arbitral deu corpo a uma regra de Direito Transnacional da Arbitragem segundo a qual os litígios em que são partes Estados ou entes públicos autónomos são arbitráveis. Por força desta regra não são tomadas em conta as regras ou decisões administrativas que excluam a vinculação dos sujeitos públicos por convenções de arbitragem ou limitem a validade das convenções de arbitragem por eles celebrados”.

I. Uma previsão legal expressa de exclusão de determinada matéria da jurisdição arbitral, tratando-se de litígios resultantes de contratos internacionais, submetidos à arbitragem internacional, deve ser analisada à luz do princípio do *favor arbitrandum*. Por um lado, a interpretação e integração das normas legais devem ser feitas no sentido de favorecer o desenvolvimento da arbitragem (comercial) internacional. Por outro lado, as restrições legais quanto à arbitrabilidade no domínio de contratos internos não devem, seguindo a jurisprudência internacional, ser estendidas aos contratos internacionais¹⁶⁰⁷.

Quanto à questão da exclusão legal, o Professor CHARLES JARROSSON¹⁶⁰⁸ observa que uma regra que determina a competência exclusiva do juiz estadual não exclui necessariamente a arbitragem. Tal regra pode aplicar-se na delimitação de competência entre jurisdições da ordem judiciária. A mesma regra pode, eventualmente, aplicar-se apenas às arbitragens internas e não internacionais. Por outro lado, uma regra de ordem pública que impede uma parte de recorrer à arbitragem pode não constituir um obstáculo definitivo, contanto que permita, uma vez o direito adquirido, a sua renúncia.

Segundo o referido autor¹⁶⁰⁹: “*L’histoire récente a effectivement montré un mouvement continu de faveur à l’égard de l’arbitrage qui a permis de cantonner strictement les limites de l’inarbitrabilité des litiges à ce que les règles d’ordre public requéraient réellement. Ainsi, on s’est rendu compte que l’existence d’une règle assignant une compétence exclusive au profit d’un juge ne signifiait pas nécessairement que l’arbitrage était exclu. En effet, l’exclusivité d’une compétence peut avoir un*

¹⁶⁰⁷ No caso *Desputeaux vs. Édition Chouette*, as partes haviam celebrado um contrato de licença de exploração de uma personagem fictícia, chamada *Caillou*. Pelo referido contrato, os dois co-autores haviam cedido às Edições *Chouette* os direitos de reprodução, à escala mundial, da referida personagem. O Tribunal de Apelação do Quebec anulou a sentença arbitral, que decidira contra a arbitrabilidade de litígios relativos aos direitos de autor. A *Cour Suprême* do Canadá, por acórdão datado de 21 de Março de 2003, rejeitou a argumentação do Tribunal de Apelação. Relativamente à arbitrabilidade de litígios referentes a direitos de autor, o Supremo Tribunal decidiu que o facto de uma lei determinar perante quais tribunais judiciais devem ser resolvidos os litígios em matéria de direitos de autor, não tem por efeito tornar inarbitráveis tais litígios. A decisão do Tribunal de Apelação subentendia que qualquer disposição legislativa que tratasse da competência dos tribunais judiciais, sem mencionar a arbitragem, implicava a inarbitrabilidade dos litígios a que se reporte. Para o Professor Frédéric Bachand, o ensinamento que se colhe do Aresto da *Cour Suprême* do Canadá, de 21 Março de 2003, é que o intérprete chamado a determinar o sentido das regras sobre arbitragem deve evitar qualquer desconfiança em relação à justiça privada e deve ter em conta o facto de que deve encorajar e favorecer o desenvolvimento da arbitragem. Trata-se de uma posição inequívoca que vai no sentido do actual clima favorável à arbitragem no plano internacional (FRÉDÉRIC BACHAND, “Note – Cour suprême du Canada, 21 mars 2003, in *Revue de l’arbitrage*, 2003, Vol. 2003, N.º 2, pp. 484 e ss.).

¹⁶⁰⁸ CHARLES JARROSSON, “Response to the report of Mr. Frédéric Henry”, cit., p. 208.

¹⁶⁰⁹ CHARLES JARROSSON, “Response to the report of Mr. Frédéric Henry”, cit., p. 208.

domaine d'application limité aux rapports entre juridictions de l'ordre judiciaire par exemple. De même, il est apparu qu'une règle d'ordre public empêchant une partie de recourir à l'arbitrage ne constituait pas nécessairement un obstacle définitif à l'arbitrage, dès lors qu'une fois acquis, le droit conféré par une règle d'ordre public de protection peut faire l'objet d'une renonciation valable".

Segundo o Professor RAÚL VENTURA¹⁶¹⁰, apenas uma lei especial poderia derrogar a lei permissiva da arbitragem voluntária. Por outro, a afectação de litígios à jurisdição exclusiva de tribunais estaduais deve ser expressa: (i) ou a lei o diz directa e positivamente; (ii) ou proíbe para esses litígios a arbitragem voluntária; (iii) ou actua sobre os requisitos da arbitrabilidade, tornando indisponíveis ou intransigíveis certos direitos¹⁶¹¹.

Mas, questiona o Professor FABIEN GÉLINAS¹⁶¹² o seguinte: se a presunção de arbitrabilidade apenas pode ser ilidida por uma menção legal expressa, não excluindo expressamente a lei o Direito Penal, poder-se-ia concluir que os procedimentos criminais são arbitráveis? Ou que a integralidade do Direito da Falência seria arbitrável? Ou, ainda, todo o Direito da Família é arbitrável? A resposta é, sem dúvida, não. A solução encontra-se, segundo o referido autor, numa ampla e melhor definição do critério da arbitrabilidade à semelhança do legislador suíço ou alemão¹⁶¹³. O tratamento da arbitragem *in favorem arbitrandum* reconduz-se à presunção de arbitrabilidade dos diferendos, difícil de contornar sem uma expressa derrogação legislativa¹⁶¹⁴.

SOFIA RIBEIRO MENDES¹⁶¹⁵ entende ser hoje pacífico na jurisprudência portuguesa que a premissa de base é de que “tudo é arbitrável, salvo exclusão legal”¹⁶¹⁶.

¹⁶¹⁰ RAÚL VENTURA, “Convenção de arbitragem”, cit., pp. 317-318.

¹⁶¹¹ RAÚL VENTURA, “Convenção de arbitragem”, cit., p. 318.

¹⁶¹² FABIEN GÉLINAS, “*Favor arbitrandum et favor validitatis*”, cit., p. 38.

¹⁶¹³ FABIEN GÉLINAS, “*Favor arbitrandum et favor validitatis*”, cit., p. 38.

¹⁶¹⁴ FABIEN GÉLINAS, “*Favor arbitrandum et favor validitatis*”, cit., p. 31.

¹⁶¹⁵ SOFIA RIBEIRO MENDES, “Cinco anos de vigência da LAV: *Favor arbitrandum* na interpretação e aplicação jurisprudencial”, cit., pp. 34-35.

¹⁶¹⁶ SOFIA RIBEIRO MENDES, “Cinco anos de vigência da LAV: *Favor arbitrandum* na interpretação e aplicação jurisprudencial”, cit., pp. 34-35.

II. *Towards “the universal arbitrability”*¹⁶¹⁷? A ordem pública transnacional como único limite à arbitrabilidade dos litígios de natureza patrimonial¹⁶¹⁸? O conceito de “arbitrabilidade universal” referido por KARIM YOUSSEF¹⁶¹⁹ é progressista. O autor caracteriza o estado de espírito actual relativamente à questão da arbitrabilidade, sobretudo no contexto do comércio internacional. Segundo este autor¹⁶²⁰: “(...) *the trend in favour of arbitrability has recently taken a new dimension, with the inception of what can be termed ‘universal arbitrability’. Put simply, this means that arbitrability today is rarely an issue. All international disputes of an economic nature are ‘prima facie’ arbitrable in most jurisdictions, and it would be hard to find a dispute arising out of the operation of global commerce that is not*”.

O Professor LIMA PINHEIRO¹⁶²¹ já observara a admissibilidade, em matéria de contratos do comércio internacional, do princípio da arbitrabilidade dos litígios, salvo os casos de inarbitrabilidade por força da ordem pública transnacional. A ordem pública transnacional tem um amplo acolhimento na doutrina, embora a sua actuação tenha sido muito limitada. Segundo o referido Professor¹⁶²², trata-se de regras e princípios que devem ser respeitados pelos árbitros, ainda que se tenham de desviar do estipulado pelas partes quanto ao Direito regulador da convenção de arbitragem, à constituição do tribunal arbitral, ao processo ou ao Direito aplicável ao mérito da causa. Com efeito, a aplicação da ordem pública transnacional pode ter efeitos negativos: o afastamento da lei ou das normas normalmente aplicáveis ou positivos e a aplicação imperativa ou prioritária de normas ou princípios superiores ou fundamentais para o Direito comercial internacional¹⁶²³.

A ordem pública transnacional é entendida como um mecanismo de defesa de valores, não próprias a uma ordem jurídica, mas adoptados pela “comunidade

¹⁶¹⁷ KARIM YOUSSEF, “The death of inarbitrability”, cit., p. 55.

¹⁶¹⁸ Sobre a ordem pública transnacional, veja-se na doutrina francesa: CATHÉRIE KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, cit., pp. 58-59, N. 102.

¹⁶¹⁹ KARIM YOUSSEF, “The death of inarbitrability”, cit., p. 55.

¹⁶²⁰ KARIM YOUSSEF, “The death of inarbitrability”, cit., p. 55.

¹⁶²¹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., pp. 466-467; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Convenção de arbitragem (aspectos internos e internacionais)”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, N.º 64, 2004, pp. 125-200.

¹⁶²² LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 469 e *passim*.

¹⁶²³ PIERRE LALIVE, “Ordre public transnational (ou réellement international) et l’arbitrage international”, in *Revue de l’arbitrage*, 1986, p. 331; MARIA JOÃO MIMOSA, *Arbitragem do comércio internacional – Medidas provisórias e cautelares*, Quid Juris, 2009, pp. 94-95.

internacional”¹⁶²⁴. A ordem pública transnacional integra o respeito da ‘moral dos negócios’, o princípio da boa-fé elementar, a proibição de discriminação racial ou da escravatura, o respeito dos direitos do homem e de protecção do património cultural, a protecção do ambiente, a invalidade de contratos que envolvam corrupção, tráfico de droga ou de armas, o princípio do contraditório, a igualdade das partes, as Resoluções das Nações Unidas, *etc.*. Assim, a ordem pública transnacional abrange quer o *ius cogens* internacional, quer as regras e princípios fundamentais comuns aos sistemas em presença, quer ainda regras e princípios fundamentais autónomos¹⁶²⁵. A ordem pública transnacional constitui um limite à aplicação do Direito competente para reger quer a convenção de arbitragem quer o fundo da causa¹⁶²⁶.

Em contraposição, defende MANUEL BARROCAS¹⁶²⁷ que existe uma ordem pública transnacional que incorpora os princípios e os conceitos genericamente aceites em ambas as famílias jurídicas, do Direito Civil ou do *Common Law*. No entanto, “não lhe assiste imperatividade para se impor às leis nacionais em matéria de arbitrabilidade, mesmo quando as leis nacionais sejam aberrantes e contrárias ao senso comum inerente à ordem pública transnacional. Esta poderá, sem dúvida, valer como argumento dissuasor da aplicação pelas autoridades nacionais dos Estados membros de normas jurídicas dessa natureza, mas não existe qualquer garantia de que a ordem pública transnacional se imponha. A soberania dos Estados prevalece, pois, nesta matéria”¹⁶²⁸.

O Professor JEAN-BAPTISTE RACINE¹⁶²⁹ determinou alguns princípios gerais da arbitragem internacional que fixam os contornos da ordem pública transnacional da arbitrabilidade:

- a) O princípio segundo o qual o carácter de ordem pública das regras aplicáveis ao litígio não determina *ipso facto* a inarbitrabilidade do litígio;
- b) O princípio segundo o qual a arbitragem é admitida sempre que as partes tenham a livre disposição dos seus direitos;

¹⁶²⁴ NICOLAS NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Thèse de doctorat en droit, Strasbourg, 2003, p. 146.

¹⁶²⁵ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 469 e *passim*.

¹⁶²⁶ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 469 e *passim*.

¹⁶²⁷ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, cit., p. 43.

¹⁶²⁸ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, cit., p. 43.

¹⁶²⁹ JEAN-BAPTISTE RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, préf. Ph. Fouchard, LGDJ, 1999, n.º 284 e ss.; LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., pp. 207-208.

c) O princípio segundo o qual a competência exclusiva de uma autoridade estadual exclui a arbitragem sempre que o juiz estadual de Direito comum seja igualmente incompetente para conhecer o mesmo litígio;

d) Os litígios relativos ao Direito da concorrência, o Direito relativo aos procedimentos colectivos ou o Direito de propriedade industrial são em princípio arbitráveis, sob reserva das competências exclusivas das autoridades estaduais.

O princípio da arbitrabilidade dos litígios do comércio internacional, sob reserva da ordem pública transnacional é a solução mais ousada, mas talvez mais adaptada às necessidades do comércio internacional. A ordem pública transnacional parece ser quanto se necessita para assegurar um tráfico respeitador dos princípios éticos e jurídicos alicerçados na consciência jurídica universal. Convirá, no entanto, observar que no estado actual dos Direitos estaduais, colocar-se-á o problema ao nível do reconhecimento de algumas sentenças arbitrais.

2.2. Uma concretização jurisprudencial notável do princípio da arbitrabilidade dos litígios a nível internacional

O princípio da arbitrabilidade dos litígios *tout court* e, em particular, dos litígios do comércio internacional foi aplicado para solucionar alguns casos que vamos referir em sede desta matéria. A influência que exerceram e continuam a exercer para o alargamento do campo da arbitrabilidade merecem um tratamento especial. Iremos, a seguir, destacar os principais.

2.2.1. Nos Estados Unidos da América

2.2.1.1. Uma jurisprudência *a priori* restritiva

Apesar de o legislador federal americano promover significativamente a arbitragem através do *FAA* de 1925, os tribunais americanos adoptaram inicialmente uma atitude reservada, ou mesmo, hostil em relação à arbitrabilidade de direitos reconhecidos ao abrigo de legislações que visavam a protecção do interesse público.

a) *Wilko v. Swan* (1953)¹⁶³⁰

Uma acção foi intentada junto do Tribunal do Distrito do Sul de Nova Iorque por um consumidor contra uma firma de corretagem de títulos (*partners in a securities brokerage firm*), requerendo uma indemnização por perdas e danos em virtude de vendas fraudulentas (*false representation*). A parte demandada contestou a competência do Tribunal, de acordo com o § 3 do FAA, uma vez que existia entre as partes uma cláusula compromissória. Nos termos da referida cláusula: “*Any controversy arising between us under this contract shall be determined by arbitration pursuant to the Arbitration Law of the State of New York, and under the rules of either the Arbitration Committee of the Chamber of Commerce of the State of New York, or of the American Arbitration Association, or of the Arbitration Committee of the New York Stock Exchange or such other Exchange as may have jurisdiction over the matter in dispute, as I may elect ...*”.

O Tribunal Distrital decidiu que a cláusula compromissória retirava ao demandante (consumidor) a possibilidade de ter acesso à protecção vantajosa do tribunal judicial prevista no *Securities Act* de 1933. O Tribunal de Apelação revogou a decisão, considerando que o *Securities Act* não proibia que o contrato celebrado pelas partes previsse a solução por via arbitral de litígios futuros entre elas. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos, por sua vez, considerou inválida a referida cláusula compromissória¹⁶³¹. Assim, *in dicta*, afirmou que “(a) *The agreement to arbitrate future controversies was void under 14 of the Securities Act as a ‘stipulation’ binding the customer to ‘waive compliance’ with a ‘provision’ of the Act.*

(b) The right of an aggrieved person under 22 (a) to select the judicial forum is a ‘provision’ of the Securities Act that cannot be waived under 14 thereof. (c) As the protective provisions of the Securities require the exercise of judicial direction to fairly assure their effectiveness, Congress must have intended 14 to apply to waiver of judicial trial and review (...) Two policies, not easily reconcilable, are involved in this case. Congress has afforded participants in transactions subject to its legislative power an opportunity generally to secure prompt, economical and adequate solution of controversies through arbitration if the parties are willing to accept less certainty of

¹⁶³⁰ 346 U.S. 427 (1953); GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 477-478.

¹⁶³¹ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 477-478.

*legally correct adjustment. On the other hand, it has enacted the Securities Act to protect the rights of investors and has forbidden a waiver of any of those rights. Recognizing the advantages that prior agreements for arbitration may provide for the solution of commercial controversies, we decide that the invention of Congress concerning the sale of securities is better carried out by holding invalid such an agreement for arbitration of issues arising under the Act”*¹⁶³².

O juiz JACKSON¹⁶³³ defendeu no caso uma posição que merece destaque, segundo a qual era possível às partes acordarem na arbitragem, posteriormente ao surgimento do litígio. Segundo ele, “*I agree with the Court’s opinion insofar as it construes the Securities Act to prohibit waiver of a judicial remedy in favor of arbitration by agreement made before any controversy arose. I think thereafter the parties could agree upon arbitration*”.

2.2.1.2. Uma jurisprudência *a posteriori* generosa (*pro-arbitration bias*)

O Supremo Tribunal Federal considerou arbitráveis os litígios surgidos no âmbito da aplicação do *Sherman Antitrust Act* de 1890¹⁶³⁴, do *Security Act* de 1933¹⁶³⁵, do *Securities Exchange Act* de 1934¹⁶³⁶, do *Age Discrimination in Employment Act* (ADEA) de 1967¹⁶³⁷ e do *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO)* de 1970¹⁶³⁸. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal, os litígios resultantes desses instrumentos legais podem ser decididos pelos tribunais arbitrais. Os

¹⁶³² GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 477-478.

¹⁶³³ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 477-478.

¹⁶³⁴ O *Sherman Act* proíbe qualquer contrato ou acordo que vise falsear o funcionamento normal do comércio (Secção 1) e qualquer situação de monopólio, tentativa de formação de um monopólio, bem como qualquer acordo no sentido da formação de um monopólio (Secção 2).

¹⁶³⁵ O *Securities Act* ou Lei dos valores mobiliários trata da protecção dos accionistas e investidores quanto à obtenção de informações de natureza financeira em relação aos valores mobiliários propostos ao público.

¹⁶³⁶ O *Securities Exchange Act* rege a negociação secundária de valores mobiliários. É a base da regulamentação dos mercados financeiros e de seus participantes.

¹⁶³⁷ O *Age Discrimination in Employment Act* (ADEA) é uma lei laboral que proíbe a discriminação no emprego contra qualquer pessoa com pelo menos 40 anos de idade contra discriminações fundadas na idade para contratação, promoção, exoneração, indemnização ou termos, condições ou garantias do emprego.

¹⁶³⁸ A Lei das Organizações Corruptas e Influenciadas pela vigarice prevê penalidades criminais prolongadas e a acção civil por actos praticados como parte de uma organização criminosa; ROBERT ALEXANDER SCHWARTZ, “Can arbitration do more for consumers? The TILA Class Action reconsidered”, in *New York University Law Review*, Vol. 78, N.º 2, KeyCite, Thomson West, 2003, pp. 810-811.

direitos privativos de acção conferidos por essas legislações, embora tenham por finalidade a prossecução do interesse público, não são prejudicados pela sua submissão à arbitragem¹⁶³⁹.

a) *Scherk v. Alberto-Culver Co* (1974)¹⁶⁴⁰

Alberto-Culver Co. é uma sociedade americana constituída no Delaware, com sede no Illinois, especializada no fabrico e distribuição de cosméticos. Nos anos 1960, negociou com Fritz Scherk, um cidadão de nacionalidade alemã residente na Suíça, a aquisição de três empresas constituídas ao abrigo das leis da Alemanha e do Liechtenstein. Um contrato foi celebrado, e incluiu direitos de propriedade intelectual sobre os produtos, livres de qualquer ónus. Aproximadamente um ano após a celebração do contrato, Alberto-Culver descobriu que os direitos intelectuais estavam seriamente comprometidos. Assim, intentou uma acção junto do Tribunal Federal do Distrito do Illinois, alegando a prática de fraude por Scherk relativamente ao estado dos direitos intelectuais em violação do § 10 (b) do *Securities Exchange Act* de 1934. Em resposta, Scherk contestou a competência do Tribunal Distrital, alegando a existência de uma cláusula arbitral entre as partes.

Tanto o Tribunal Distrital como o Tribunal de Apelação decidiram, com base na jurisprudência *Wilko v. Swan*, ser inválida a cláusula arbitral entre as partes. No entanto, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos procedeu a uma reviravolta, considerando que a cláusula arbitral era válida por se tratar de contrato internacional. Assim, “*The arbitration clause is to be respected and enforced by federal courts in accord with the explicit provisions of the United States Arbitration Act that an arbitration agreement, such as is here involved, ‘shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.’*” 9 U.S.C. 1, 2 *Wilko v. Swan*, *supra* distinguished (...) (b) *In the context of an international contract, the advantages that a security buyer might possess in having a wide choice of American courts and venue in which to litigate his claims of violations of the securities laws, become chimerical, since an opposing party may by*

¹⁶³⁹ ROBERT ALEXANDER SCHWARTZ, “Can arbitration do more for consumers? The TILA Class Action reconsidered”, cit., p. 811.

¹⁶⁴⁰ 417 U.S. 506 (1974); THOMAS E. CARBONNEAU, “International Arbitration – The United States”, cit., p. 884; GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 483 e ss.; DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, cit., pp. 221-222.

speedy resort to a foreign court block or hinder access to the American court of the buyer's choice.

A parochial refusal by the courts of one country to enforce an international arbitration agreement would not only frustrate these purposes, but would invite unseemly and mutually destructive jockeying by the parties to secure tactical litigation advantages. In the present case, for example, it is not inconceivable that if Scherk had anticipated that Alberto-Culver would be able in this country to enjoin resort to arbitration he might have sought an order in France or some other country enjoining Alberto-Culver from proceeding with its litigation in the United States. Whatever recognition the courts of this country might ultimately have granted to the order of the foreign court, the dicey atmosphere of such a legal no-man's-land would surely damage the fabric of international commerce and trade, and imperil the willingness and ability of businessmen to enter into international commercial agreements”.

b) *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.* (1983)¹⁶⁴¹

No já referido caso *Moses*, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos afirmou expressamente uma presunção a favor da validade das convenções de arbitragem e da arbitrabilidade dos litígios. A demandante, o Hospital Moses H. Cone havia celebrado um contrato com a demandada, uma firma do Alabama, para a construção de anexos ao prédio principal do hospital. Os litígios resultantes do contrato deveriam ser decididos pelo arquitecto contratado para desenhar e supervisionar o projecto de construção, dentro de certo prazo. Os litígios decididos ou não por este dentro do prazo estipulado poderiam ser submetidos à arbitragem nos termos da cláusula arbitral constante do contrato.

Subsequentemente, no decurso da construção, a demandada submeteu ao arquitecto litígios relacionados com o aumento de custos de construção, devido aos atrasos ou inacção da demandante. No entanto, os litígios não foram resolvidos e a demandante recusou pagar qualquer indemnização. A seguir, a demandante intentou uma acção perante o Tribunal da Carolina do Norte contra a demandada e o arquitecto, requerendo uma decisão a declarar que não havia direito de as partes recorrerem à

¹⁶⁴¹ 460 US 1 (1983); JEANETTE JAEGLI, “Ideologies of arbitration”, cit., pp. 250-251.

arbitragem, que a demandante não era responsável em relação à demandada e que, no caso de ele ser responsável, deveria ser indemnizado pelo arquitecto.

Poucos dias depois, a demandante obteve uma injunção *ex parte* do Tribunal estadual que proibia a demandada de iniciar a arbitragem. A demandada recorreu ao Tribunal Federal Distrital para obter uma ordem visando a realização da arbitragem nos termos do § 4 do *Arbitration Act*. O Tribunal Distrital suspendeu a acção. O Tribunal de Apelação considerou que a decisão do Tribunal Distrital de suspender a acção da demandada era uma decisão final e decidiu a favor da arbitragem.

O Supremo Tribunal Federal considerou que o *Federal Arbitration Act* traduz “a liberal federal policy favoring arbitration” e estabelece que “[A]s a matter of federal law, any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration, whether the problem at hand is the construction of the contract language itself or an allegation of waiver, delay, or a like defense to arbitrability”¹⁶⁴².

c) *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (1985)¹⁶⁴³

Mitsubishi Motors Corporation (“Mitsubishi”) é uma sociedade japonesa que fabrica veículos no Japão. Mitsubishi é uma *joint venture* entre a Chrysler International (“CISA”), uma sociedade suíça detida pela Chrysler Corporation e a Mitsubishi Heavy Industries, uma sociedade japonesa. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. (“Soler”) é uma Sociedade porto-riquenha. Soler celebrou um contrato de distribuição com a CISA relativo à venda em determinada área pela Soler dos veículos fabricados pela Mitsubishi. Ao mesmo tempo, CISA, Soler e Mitsubishi firmaram um contrato relativo ao procedimento de vendas (“sales agreement”) que regulava a venda directa dos produtos da Mitsubishi à Soler, bem como os termos e condições de tais vendas.

O § VI do “Sales agreement”, intitulado “Arbitration of Certain Matters” previa o que segue¹⁶⁴⁴: “*All disputes, controversies or differences which may arise between*

¹⁶⁴² RICHARD FRANKEL, “The Arbitration Clause as Super Contract”, cit., pp. 531 e ss.; PETER ASHFORD, *Handbook on International Commercial Arbitration*, cit., p. 2; GARY B. BORN, *International arbitration – cases and materials*, cit., p. 474.

¹⁶⁴³ 473 U.S. 614 (1985); THOMAS E. CARBONNEAU, “International Arbitration – The United States”, cit., p. 884.

¹⁶⁴⁴ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 487; JOSEPH T. McLAUGHLIN, “Arbitrability: current trends in the United States”, in *Arbitration International*, Vol. 12, N.º 2, 1996, p. 133; MATTHEW FINKIN, “L’arbitrage aux États-Unis, une véritable histoire d’amour”, in *Droit social*, N.º 2, Dalloz, 2017, p. 133.

*(Mitsubishi) and (Soler) out of or in relation to Articles I-B through V of this Agreement or for the breach thereof, shall be finally settled by arbitration in Japan in accordance with the rules and regulations of the Japan Commercial Arbitration Association”*¹⁶⁴⁵.

Soler falhou em manter o volume de vendas previsto nos contratos e solicitou à Mitsubishi que atrasasse ou cancelasse o envio de várias encomendas. Mitsubishi e CISA recusaram, e a Mitsubishi iniciou um procedimento arbitral, requerendo o pagamento de uma indenização, por incumprimento contratual, junto da *Japan Commercial Arbitration Association*¹⁶⁴⁶. Soler negou as alegações da Mitsubishi e apresentou uma reconvenção contra Mitsubishi e CISA com base, entre outros, no *Sherman Act*. Na referida reconvenção, a Soler alegou que Mitsubishi e CISA haviam conspirado para dividir o mercado com o intuito de restringir o comércio.

O *Court of Appeals*, seguindo a jurisprudência do *Second Circuit* no caso *Am. Safety Equip. Corp. v. J.P. Maguire & Co.*¹⁶⁴⁷, decidiu que os litígios relativos à legislação antitruste eram inarbitráveis e permitiu à Soler prosseguir no tribunal estadual. O Juiz FEINBERG, no referido caso *Am. Safety Equip.* havia defendido que “*A claim under the antitrust laws is not merely a private matter. The Sherman Act is designed to promote the national interest in a competitive economy; thus, the plaintiff asserting his rights under the Act has been likened to a private attorney-general who protects the public’s interest ... Antitrust violations can affect hundreds of thousands – perhaps millions – of people and inflict staggering economic damage ... We do not believe that Congress intended such claims to be resolved elsewhere than the courts ... [I]t is also proper to ask whether contracts of adhesion between alleged monopolists and their customers should determine the forum for trying antitrust violations*”.

Por cinco votos a três, o *Supreme Court* concluiu que a convenção de arbitragem celebrada pelas partes englobava as reclamações antitrustes da Soler¹⁶⁴⁸. Segundo o *Supreme Court*, “*As in Scherk v. Alberto-Culver, Co., we conclude that concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the*

¹⁶⁴⁵ GARY B. BORN, *International arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 487.

¹⁶⁴⁶ GARY B. BORN, *International arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 487.

¹⁶⁴⁷ 391 F. 2d 821 (1968).

¹⁶⁴⁸ GARY B. BORN, *International arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 487.

resolution of disputes require that we enforce the parties' agreement, even assuming that a contrary result would be forthcoming in domestic context"¹⁶⁴⁹.

O Juiz BLACKMUN, que expressou a opinião da maioria, observou que, em virtude da adesão dos Estados Unidos à Convenção de Nova Iorque, será necessário os Tribunais nacionais subordinarem os critérios de arbitrabilidade ao padrão internacional que favorece a realização das arbitragens comerciais¹⁶⁵⁰. Segundo ele: *"Bremen and Scherk establish a strong presumption in favor of enforcement of freely negotiated contractual choice-of-forum provisions. Here, as in Scherk, that presumption is reinforced by the emphatic federal policy in favor of arbitral dispute resolution. And at least since this Nation's accession in 1970 to the Convention ... that federal policy applies with special force in the field of international commerce. Thus, we must weigh the concerns of American Safety against a strong belief in the efficacy of arbitral procedures for the resolution of international commercial disputes and an equal commitment to the enforcement of freely negotiated choice-of-forum clauses"*¹⁶⁵¹.

O Supreme Court admitiu ainda que, em matéria de comércio internacional, o uso da arbitragem expandiu-se largamente nas últimas décadas. Segundo ele: *"As international trade has expanded in recent decades, so too has the use of international arbitration to resolve disputes arising in the course of that trade ... If (international arbitral institutions) are to take a central place in the international legal order, national courts will need to 'shake off old judicial hostility to arbitration,' and also their customary and understandable unwillingness to cede jurisdiction of a claim arising under domestic law to a foreign or transnational tribunal. To this extent, at least, it will be necessary for national courts to subordinate domestic notions of arbitrability to the international policy favoring commercial arbitration"*¹⁶⁵². Por

¹⁶⁴⁹ GARY B. BORN, *International arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 487; EDWARD BRUNET; RICHARD E. SPIEDEL; JEAN R. STERNLIGHT; STEPHEN J. WARE, *Arbitration Law in America – A Critical Assessment*; Cambridge, University Press, 2006, pp. 195-196.

¹⁶⁵⁰ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, cit., p. 88.

¹⁶⁵¹ GARY B. BORN, *International arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 488.

¹⁶⁵² GARY B. BORN, *International arbitration – Cases and Materials*, cit., pp. 489; BERNARD HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen" ..., p. 926: "Elle (Cour Suprême) a néanmoins insisté sur le fait que l'inarbitrabilité devait demeurer l'exception, la *favor arbitrandum* étant la règle"; NIGEL BLACKABY; CONSTANTINE PARTASIDES, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th edition, cit., p. 124; MIGUEL MARQUES DE CARVALHO, "Anotação ao Acórdão Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler-Plymouth", in *100 Anos de Arbitragem – Os casos essenciais comentados*, Coimbra Editora, 2015, p. 126: "Fazendo apelo a jurisprudência anterior do próprio Tribunal e considerando as disposições sobre a matéria da lei federal da Arbitragem, o Supremo sustentou

consequente, “any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration”¹⁶⁵³.

Retira-se como ensinamento que, na dúvida sobre a arbitrabilidade, esta questão deverá ser resolvida a favor do recurso à arbitragem¹⁶⁵⁴. O caso *Mitsubishi* estabeleceu uma presunção a favor da arbitrabilidade do Direito da concorrência¹⁶⁵⁵. Cabe à parte que se opõe à arbitragem provar a existência de uma intenção expressa ou tácita do legislador americano de afastar a arbitragem nesse domínio¹⁶⁵⁶. Já no caso *United Steelworkers of Am. v. Warrior & Gulf Nav. Co.* (1960)¹⁶⁵⁷, o Supremo Tribunal decidiu que a arbitragem deveria prevalecer, a não ser que o Tribunal possa afirmar com “positive assurance that the arbitration clause is not susceptible to an interpretation that covers the asserted dispute”¹⁶⁵⁸.

2.2.2. No Direito francês

a) *Sté Ganz et autres c. Sté nationale des Chemins de fer tunisiens* (1991)¹⁶⁵⁹

A jurisprudência francesa é fecunda em soluções pró-arbitragem. Em matéria de arbitrabilidade, tratando-se da arbitragem internacional, o Tribunal de Apelação de Paris determinou como único limite à competência do tribunal arbitral a violação da ordem pública internacional. Num dos dispositivos chave do acórdão, o Tribunal de Apelação afirmou “*qu’en matière internationale, l’arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l’arbitrabilité du litige au regard de l’ordre*

que deve existir um *favor arbitrandi* na interpretação das convenções arbitrais, designadamente quanto ao âmbito das matérias abrangidas pela convenção”.

¹⁶⁵³ GARY B. BORN, *International arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 489.

¹⁶⁵⁴ JEAN ROBERT, “Une date dans l’extension de l’arbitrage international: l’arrêt *Mitsubishi c/ Soler* – Cour Suprême des Etats-Unis, 2 juillet 1985”, in *Revue de l’arbitrage*, 1986, p. 173.

¹⁶⁵⁵ THOMAS E. CARBONNEAU, *Carbonneau on International Arbitration: Collected Essays*, Juris, 2011, p. 496: “*Mitsubishi* also has had a vital influence specifically in international litigation where the case can serve as authority for the now well-settled tenets of the Supreme Court’s doctrine toward private international law matters: to ‘strongly favor enforcement of forum selection clauses in international contracts’ and to advance ‘the emphatic federal policy in favor of arbitral dispute resolution [...] ... [a] policy [that] applies with special force in the field of international commerce’”. Segundo o mesmo autor, “The doctrine that emerges from *Mitsubishi* is excessive and does injustice to the domestic interest in public law by minimizing the public policy character of antitrust regulation” (p. 501).

¹⁶⁵⁶ WALID ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence – Contribution à l’étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, LGDJ, 2001, p. 90.

¹⁶⁵⁷ 363 U.S. 574 (1960).

¹⁶⁵⁸ GARY B. BORN, *International arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 528.

¹⁶⁵⁹ Paris, 29 mai 1991, *Ganz*, in *Revue de l’arbitrage*, 1991, p. 478, note L. Idot.

public international, et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation".

b) *Sté Labinal c. Sté Mors et Westland Aerospace* (1993)¹⁶⁶⁰

O Tribunal de Apelação de Paris, na linha da sua jurisprudência anterior, voltou a afirmar o ensinamento do acórdão *Ganz*, decidindo que "*l'arbitrabilité n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux*". E, "(...) *en matière internationale, l'arbitre apprécie sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui en relèvent ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance, sous le contrôle du juge de l'annulation*".

c) *Comité Municipal Khoms El Mergeb c. Dalico Contractors* (1993)

Por contrato datado de 15 de Junho de 1981, o Comité Municipal de Khoms El Mergeb confiou à sociedade dinamarquesa Dalico Contractors a realização de obras de evacuação (canalização) das águas. A sociedade Dalico desencadeou o procedimento arbitral nos termos de um dos documentos em anexo ao contrato. O Comité popular opôs-se à arbitragem alegando que o documento a que se referia Dalico não foi assinado pelas partes e não podia ser válido à luz do Direito da Líbia em matéria dos contratos.

O Tribunal de Apelação de Paris, por acórdão de 26 de Março de 1991, rejeitou a acção visando a anulação da sentença arbitral pela qual os árbitros haviam admitido a existência e a validade da cláusula compromissória. O Tribunal de Cassação francês aprovou a decisão do Tribunal de Apelação, tendo afirmado que "*(...) en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par*

¹⁶⁶⁰ Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, in *Revue de l'arbitrage*, 1993, pp. 645 e ss.; veja-se: NIGEL BLACKABY; CONSTANTINE PARTASIDES, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th edition, cit., p. 123.

référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique".

Depreende-se nesta decisão do Tribunal de Cassação que, na apreciação da validade da convenção de arbitragem, o juiz francês deve aplicar as regras do Direito francês¹⁶⁶¹. Por outras palavras, o juiz francês impõe a sua concepção da arbitrabilidade, que encontra limites apenas nas regras imperativas do Direito francês e na reserva da ordem pública internacional. O critério da disponibilidade dos direitos previsto no artigo 2059.º do Código Civil parece aplicar-se exclusivamente às arbitragens internas, de modo que, para as arbitragens internacionais, prevalece a regra material que fixa o princípio da arbitrabilidade dos litígios do comércio internacional¹⁶⁶².

2.2.3. No Direito suíço

a) *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani S.p.A et Oto Melara S.p.A* (1992)¹⁶⁶³

Fincantieri-Cantieri Navali Italiani, S.p.A e Oto Melara S.p.A. são sociedades de Direito italiano especializadas no fabrico de material de guerra. Em 1979 e 1980, confiaram a um agente M, a intermediação na venda à República do Iraque de navios e outros equipamentos militares. Até 1987, os contratos foram executados sem problemas.

Posteriormente, as dificuldades surgiram. Em 4 de Dezembro de 1989, M. endereçou à Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional um requerimento para instauração de um procedimento arbitral contra as duas sociedades acima referidas, visando o pagamento de valores a que tinha direito. As demandadas alegaram a excepção de incompetência do tribunal arbitral por motivo de inarbitrabilidade da causa.

¹⁶⁶¹ CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 548, N. 645.

¹⁶⁶² CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 548, N. 645.

¹⁶⁶³ ATF 118 II 353; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *Arbitrage International*, cit., pp. 106-110; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, cit., pp. 105-108.

De acordo com as demandadas, em 1990 e 1991, o Conselho de Segurança da ONU adoptou resoluções que, entre outros aspectos, proibiam qualquer actividade comercial com a República do Iraque. Tais resoluções haviam sido incorporadas no Direito interno de vários Estados, entre os quais a Itália e a Suíça. Por sentença datada de 25 de Novembro de 1991, o tribunal arbitral, com sede em Genebra, admitiu a sua competência para decidir sobre o litígio. As demandadas recorreram da referida sentença, invocando para a anulação da sentença interlocutória do Tribunal arbitral a sua incompetência, nos termos do artigo 190.º, alínea 2 let. b) da LDIP¹⁶⁶⁴.

O Tribunal Federal, no seu acórdão datado de 23 de Junho de 1992, confirmou a sentença do tribunal arbitral sobre a sua competência para decidir sobre o litígio que opunha as partes. No entender do Tribunal Federal suíço, para resolver o problema da arbitrabilidade, o legislador suíço renunciou conscientemente à solução que repousa sobre uma norma de conflito (determinação do Direito aplicável, aplicação do Direito da sede das partes ou da *lex fori*), e escolheu fixar uma regra material de Direito Internacional Privado, fundada no objecto do litígio, prevendo a possibilidade de submeter à arbitragem “qualquer causa de natureza patrimonial”. Tal solução revela a intenção do legislador federal de abrir largamente o acesso à arbitragem internacional. Lê-se no acórdão do Tribunal que “*La solution retenue (...) manifeste, au demeurant, l'intention du législateur fédéral d'ouvrir largement l'accès à l'arbitrage international*”.

Por outro lado, o legislador suíço escolheu um critério de arbitrabilidade que depende da natureza da causa e não da do Direito que a rege. Por fim, a exclusão da arbitrabilidade verificar-se-á apenas em relação às pretensões sujeitas exclusivamente à jurisdição estadual por disposições legais de ordem pública. Por via de consequência, com base no artigo 177, al. 1 da LDIP, o litígio, incidindo sobre o direito do demandante a receber o pagamento dos seus honorários, é arbitrável à luz do Direito suíço.

2.2.4. Excursus – No Direito europeu: *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International Nv* (1999)

¹⁶⁶⁵

¹⁶⁶⁴ “(...) le tribunal arbitral s’est déclaré à tort compétent ou incompétent”.

¹⁶⁶⁵ ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema 21. Arbitraje privado internacional”, cit., pp. 1761-1762; SARA ESTIMA MARTINS, “Anotação ao Acórdão *Eco Swiss*”, in *100 anos de arbitragem – Os casos essenciais comentados*, Coimbra Editora, 2015, p. 205.

Na sequência de uma rescisão intempestiva, por parte da Benetton, de um contrato de licença celebrado com a Eco Swiss para o fabrico e comercialização de relógios com a menção “Benetton by Bulova”, foi desencadeado um procedimento de arbitragem envolvendo a Benetton, a Eco Swiss e a Bulova. Através de duas sentenças (*Partial Final Award*, datada de 4 de Fevereiro de 1993, e *Final Arbitral Award*, de 23 de Junho de 1995), os árbitros determinaram o pagamento pela Benetton de uma indemnização à Eco Swiss e à Bulova no valor de 23.750.000 USD e 2.800.000 USD, respectivamente. Tendo a Benetton obtido a suspensão da execução da decisão arbitral junto do *Gerechtshof* (Países Baixos), com o argumento de que o contrato violava o artigo 85.º do Tratado CE, a Eco Swiss recorreu da referida decisão perante o *Hoge Raad*. A violação consistia na repartição pelas partes entre si do mercado, restringindo deste modo a concorrência¹⁶⁶⁶.

O *Hoge Raad* dirigiu algumas questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça da União Europeia, entre outras a de saber se a violação do artigo 85.º do Tratado CE podia fundamentar a anulação de uma sentença arbitral quando a legislação nacional previsse um *numerus clausus* em relação aos motivos de anulação da sentença arbitral entre os quais constava a violação da reserva de ordem pública. O Tribunal respondeu afirmativamente¹⁶⁶⁷.

O Tribunal referiu que “*Article 85 of the Treaty constitutes a fundamental provision which is essential for the accomplishment of the tasks entrusted to the Community and, in particular, for the functioning of the internal market. The importance of such a provision led the framers of the Treaty to provide expressly, in Article 85(2) of the Treaty, that any agreements or decisions prohibited pursuant to that article are to be automatically void. It follows that where its domestic rules of procedure require a national court to grant an application for annulment of an arbitration award where such an application is founded on failure to observe national rules of public policy, it must also grant such an application where it is founded on failure to comply with the prohibition laid down in Article 85(1) of the Treaty*”¹⁶⁶⁸.

Na fundamentação da sua decisão, o Tribunal reconhece o princípio da arbitrabilidade das questões do Direito da concorrência, ao afirmar que a não ponderação das normas da concorrência do Tratado pelo árbitro dá lugar à anulação da

¹⁶⁶⁶ SARA ESTIMA MARTINS, “Anotação ao Acórdão *Eco Swiss*”, cit., p. 206.

¹⁶⁶⁷ SARA ESTIMA MARTINS, “Anotação ao Acórdão *Eco Swiss*”, cit., p. 206.

¹⁶⁶⁸ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 492.

sua decisão. Por outras palavras, o árbitro pode e deve “apreciar os factos controvertidos à luz das regras de concorrência, ainda que as partes não invoquem violações do Direito da concorrência”¹⁶⁶⁹. Assim, “*The answer (...) must therefore be that a national court to which application is made for annulment of an arbitration award must grant that application if it considers that the award in question is in fact contrary to Article 85 of the Treaty, where its domestic rules of procedure require it to grant an application for annulment founded on failure to observe national rules of public policy*”¹⁶⁷⁰. Esta decisão vai no sentido da jurisprudência *Mitsubishi*.

3. Princípio de validade da sentença arbitral ou *favor validitatis sententiae*

I. O princípio de validade da sentença arbitral significa que os motivos da sua anulação devem ser interpretados de forma restritiva. Assim, a sentença arbitral só poderá ser anulada quando: (i) o vício que a afecte, consiste num vício grave de natureza processual, susceptível de revestir uma influência decisiva na resolução do litígio, e que (ii) ponha em causa a integralidade da sentença, ou seja, não exista a possibilidade, se for caso disso, da dissociação da parte anulável da sentença¹⁶⁷¹. Esta presunção de

¹⁶⁶⁹ MIGUEL MARQUES DE CARVALHO, “Anotação ao Acórdão *Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler-Plymouth*”, in *100 anos de arbitragem – Os casos essenciais comentados*, Coimbra Editora, 2015, p. 133.

¹⁶⁷⁰ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 493.

¹⁶⁷¹ Parte da doutrina internacional refere-se ao princípio de validade da sentença arbitral como sendo uma *praesumptio in favorem validitatis sententiae* (FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, cit., p. 241; W. M. REISMAN, “Supervisory Jurisdiction of the ICJ”, in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 276 e ss.). A *praesumptio in favorem validitatis sententiae* constitui segundo o Professor W. M. REISMAN, um princípio da arbitragem comercial internacional contemporânea. É aplicada até pelo Tribunal Internacional de Justiça que reconheceu tal princípio como sendo um princípio constitucional no âmbito da supervisão internacional por ele exercido sobre as sentenças arbitrais na fase pós-arbitral. Em 1960, Honduras e Nicarágua submeteram por acordo especial ao Tribunal Internacional de Justiça um requerimento visando decidir, expressamente, em que circunstâncias uma decisão arbitral internacional pública – nomeadamente, a decisão arbitral proferida pelo Rei da Espanha (*King of Spain*), em 23 de Dezembro de 1906 –, podia e devia ser anulada ou revista. A Nicarágua alegava que o Rei Alfonso III não foi, na altura, correctamente indicado; o Tratado Gámez-Bonilla tinha expirado no momento em que o Rei havia aceite a sua designação como árbitro; o Rei, ao actuar como árbitro único havia violado os termos do Tratado; o Rei cometeu erros substanciais, tendo excedido a sua jurisdição. O Tribunal Internacional de Justiça havia respondido que a decisão arbitral em causa não era susceptível de apelação, nos seguintes termos: “the award is not subject to appeal... the Court cannot approach the consideration of the objections raised by Nicaragua to the validity of the Award as a Court of Appeal. These and cognate considerations have no relevance to the function that the Court is called upon to discharge in these proceedings...” (W. M. REISMAN, “Supervisory Jurisdiction of the ICJ”, cit., pp. 276 e ss.).

validade procura alcançar o objectivo legislativo de autonomia e eficácia da arbitragem, protegendo a vontade das partes e a integridade do procedimento arbitral¹⁶⁷².

É nesta ordem de ideias que o Professor ALBERTO CARMONA¹⁶⁷³ afirma, por exemplo, que a ausência da data e local no corpo da sentença arbitral não pode gerar a sua nulidade, “apenas por amor à forma”. Assim, segundo o mesmo autor: “Se for possível deduzir por outro modo o local e data em que a decisão foi proferida (apontamentos ou certidão do órgão arbitral institucional, ata da reunião dos árbitros etc.), não será razoável anular a decisão, impondo-se a aplicação do princípio do *favor arbitralis*, eis que a função específica da demanda anulatória de que trata a Lei não é simplesmente a de assegurar o cumprimento de regulamentação formal, mas sim assegurar determinadas finalidades e garantias ligadas ao devido processo legal. Desse modo, alcançado o objetivo da Lei (que, neste particular, é o de identificar o lugar em que a sentença arbitral foi proferida, para aferir-lhe a nacionalidade, e a data em que foi proferida, para aferir-lhe a tempestividade), e não será possível cogitar de nulidade alguma (e não há nulidade sem prejuízo!)”¹⁶⁷⁴.

O princípio do *favor validitatis sententiae* pode ser extraído das disposições legais que limitam o controlo da sentença arbitral pelo juiz estadual, das que ditam o afastamento de vias de recurso contra a decisão arbitral e a interpretação restritiva dos motivos de anulação das sentenças arbitrais¹⁶⁷⁵. Assim, a validade da sentença arbitral deve ser preferida à sua invalidade ou anulação. Segundo VAN LEYNSEELE¹⁶⁷⁶, o princípio do *favor arbitrandum* é um princípio pelo qual “(...) *les tribunaux doivent considérer les sentences avec souplesse et adopter ‘un parti pris’ en faveur de leur exécution*”. Uma jurisprudência abundante ilustra a aplicação do *favor validitatis sententiae*.

¹⁶⁷² FABIEN GÉLINAS, “*Favor arbitrandum et favor validitatis*”, cit., p. 43.

¹⁶⁷³ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo* ..., cit., pp. 404-405.

¹⁶⁷⁴ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo* ..., cit., pp. 404-405.

¹⁶⁷⁵ FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, cit., p. 241: “(...) el principio pro-arbitraje puede palpase en el contexto del laudo arbitral al analizar sus diferencias frente a la sentencia extranjera, en específico apreciando, por un lado, la presunción a favor de validez (*praesumptio in favorem validitatis sententiae*) con la que está investida, y, por el otro, el restringido nivel de revisión”.

¹⁶⁷⁶ PATRICK VAN LEYNSEELE, *La “MED-ARB” et ses dérivés – Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace*, p. 855, disponível em: http://www.dalveldeken.eu/documents/document/20131220123510-libdal_van_leynseele.pdf

O Professor LIMA PINHEIRO¹⁶⁷⁷ pronuncia-se claramente a este respeito. No seu dizer¹⁶⁷⁸: “Em matéria de impugnação da decisão arbitral, pesa sobre os tribunais estaduais uma especial responsabilidade. Deles depende, em elevado grau, o sucesso da arbitragem como meio alternativo de resolução jurisdicional de litígios. Os fundamentos de anulação devem ser interpretados restritivamente, a especificidade e a autonomia da arbitragem devem ser respeitadas e os ensinamentos da doutrina (nacional, estrangeira e internacional) devem ser tidos em conta. Em suma, mais do que uma exclusão arbitrária de certos fundamentos de anulação é necessária uma jurisprudência amiga da arbitragem”.

II. Inexiste no Direito da Arbitragem um princípio de não revisão do mérito das sentenças arbitrais¹⁶⁷⁹. O afastamento do recurso contra a decisão arbitral resulta essencialmente das disposições legais estaduais em matéria de impugnação de sentenças arbitrais. Os Direitos modernos no domínio da arbitragem permitem, quase de forma sistemática, a possibilidade de as partes excluírem os recursos visando o mérito da causa. A admissão de um tal recurso retira, em regra, o benefício prosseguido com a escolha da via arbitral, pois as partes voltam a encarar a justiça estadual que pretenderam precisamente evitar para ganhar tempo.

III. No que respeita à interpretação restrita dos motivos de anulação das sentenças arbitrais, alguns exemplos do *favor validitatis sententiae* podem ser encontrados na jurisprudência portuguesa. Podem relacionar-se com a falta de referência à convenção de arbitragem na sentença arbitral, com a observância do dever de fundamentação da sentença arbitral, a apreciação de elementos probatórios pelos árbitros ou a eventual omissão de pronúncia.

(a) Falta de referência à convenção de arbitragem: Caso *Cimpas*¹⁶⁸⁰

¹⁶⁷⁷ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Recurso e anulação da decisão arbitral: admissibilidade, fundamentos e consequências”, cit., p. 195.

¹⁶⁷⁸ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Recurso e anulação da decisão arbitral: admissibilidade, fundamentos e consequências”, cit., p. 195.

¹⁶⁷⁹ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 746.

¹⁶⁸⁰ Proc. n.º 36/12.9YRCBR. Disponível em www.dgsi.pt.

O acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24 de Abril de 2012, decidiu que a falta de referência à convenção de arbitragem na decisão arbitral não implicava a anulação dessa decisão. Com efeito, a LAVP apenas determina no seu artigo 42.º a menção na sentença da data em que é proferida, o lugar da arbitragem, bem como a repartição pelas partes dos encargos resultantes do processo arbitral. A LAVP não se refere expressamente à indicação da convenção de arbitragem na sentença arbitral. Embora seja desejável e, até, recomendável que a sentença se refira à convenção de arbitragem celebrada pelas partes, a sua falta não implica a anulabilidade da sentença. A constatação pelo árbitro, na sua sentença, da existência de uma convenção de arbitragem celebrada pelas partes, indicia na sua pessoa o exercício da competência-competência.

(b) Dever de fundamentação

Fundamentar uma sentença consiste na indicação dos argumentos de facto e de Direito que justificam a decisão¹⁶⁸¹. A motivação ou fundamentação da decisão arbitral é uma exigência ao serviço das partes, sendo elas os seus destinatários exclusivos¹⁶⁸². Considerada a decisão arbitral como um negócio jurídico processual, na tarefa interpretativa da suficiência da fundamentação da matéria de facto, deve aplicar-se “o princípio da conservação dos negócios jurídicos processuais segundo o qual cada acto jurídico (no caso, um acórdão arbitral) com um significado ambíguo quanto à motivação deve, na dúvida, ser entendido à luz do seu efeito útil. Esta solução é uma precipitação do princípio do *favor negotii* decorrente do valor ético-jurídico intrínseco do agir negocial privado: se a validade é preferível à invalidade de um acto negocial, este deve ser o último recurso, uma solução que, por via interpretativa e concretizadora, somente deverá ser admitida depois de esgotadas todas as soluções que a evitem”¹⁶⁸³.

¹⁶⁸¹ JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES, “A (densidade da) falta de fundamentação da matéria de facto enquanto causa de anulação de decisão arbitral”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, p. 517.

¹⁶⁸² JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES, “A (densidade da) falta de fundamentação da matéria de facto enquanto causa de anulação de decisão arbitral”, cit., p. 503.

¹⁶⁸³ JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES, “A (densidade da) falta de fundamentação da matéria de facto enquanto causa de anulação de decisão arbitral”, cit., p. 501.

De acordo com Professor REMÉDIO MARQUES¹⁶⁸⁴, a omissão da análise crítica de algumas respostas do tribunal arbitral aos factos dados como provados ou não provados não pode conduzir à anulação de uma sentença arbitral. A nulidade por falta de fundamentação da decisão final sobre a matéria de facto só tem a ver, refere, com a falta de indicação dos factos provados e com a absoluta falta de fundamentação de Direito, e não com qualquer falta de indicação das razões para não se terem dado provados determinados factos¹⁶⁸⁵.

Um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Setembro de 2016¹⁶⁸⁶, confirmou a sentença arbitral, apesar de esta não ter autonomizado na sua estrutura lógico-argumentativa um capítulo próprio em que se anunciam os factos considerados provados e não provados, uma vez que o tribunal tomou posição sobre os factos essenciais articulados pelo autor. Lê-se que “(...) 2. O preciso âmbito do dever de fundamentação, no que toca à decisão proferida em sede de matéria de facto, tem de atender, em termos funcionalmente adequados, às particularidades relevantes da concreta situação litigiosa, cumprindo verificar se os alegados vícios / nulidades têm, no caso concreto, a relevância substancial susceptível de determinar – atenta a sua influência decisiva na composição do litígio – o gravoso efeito pretendido, traduzido na anulação do acórdão arbitral. 3. Num litígio em que os factos essenciais alegados como causa de pedir são factos plenamente provados por documento, não tendo sido produzida prova sujeita à livre apreciação do tribunal, deve considerar-se suficientemente fundamentado o acórdão arbitral quando – apesar de, na sua estrutura lógico-argumentativa, se não ter autonomizado formalmente um capítulo em que se enunciam os factos considerados provados e não provados – se tomou posição clara e perfeitamente inteligível sobre a questão da existência e significado dos factos essenciais articulados pelo A., valorados segundo regras ou máximas de experiência, apreciando ainda as objecções fundamentalmente deduzidas pelo R. na contestação que apresentou (...)”.

Pode-se prescindir do dever de fundamentação, de acordo com a legislação estadual aplicável. Existem legislações, como é o caso das leis angolana e portuguesa

¹⁶⁸⁴ JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES, “A (densidade da) falta de fundamentação da matéria de facto enquanto causa de anulação de decisão arbitral”, cit., p. 522.

¹⁶⁸⁵ JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES, “A (densidade da) falta de fundamentação da matéria de facto enquanto causa de anulação de decisão arbitral”, cit., p. 523.

¹⁶⁸⁶ Proc. n.º 660/15.8YRLSB.L1.S1, em www.dgsi.pt

(artigo 27.º da LAV, 42.º da LAVP), que determinam a desnecessidade da fundamentação havendo acordo das partes nesse sentido, ou eventualmente quando elas cheguem a acordo no decurso do processo quanto à decisão do litígio e em caso de desistência. O referido dever de fundamentação basta-se com a declaração de factos dados como provados nas decisões proferidas segundo a equidade.

O Tribunal de primeira instância de Bruxelas, num acórdão de 23 de Fevereiro de 2017, decidiu que a obrigação de fundamentação da sentença arbitral é uma condição de forma e não de fundo quanto à sua validade. Isto implica a exclusão de qualquer controlo pelo juiz de anulação do valor intrínseco da sentença¹⁶⁸⁷.

(c) Apreciação de elementos probatórios

O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Março de 2016¹⁶⁸⁸, recusou-se a anular uma decisão arbitral pelo facto de os árbitros terem tomado em consideração os depoimentos escritos de testemunhas que acabaram por não comparecer na audiência para confirmar oralmente tais depoimentos. O Tribunal da Relação recorda que a acção especial de anulação da decisão arbitral cuida apenas da detecção dos vícios graves de natureza processual susceptíveis de revestir influência decisiva na resolução do litígio. Devem-se tomar em consideração apenas as (eventuais) violações graves de princípios basilares e estruturantes de qualquer processo de composição de interesses, mormente os que têm a ver com os princípios da igualdade das partes e do contraditório. Nele se afirma que “1. O carácter profundamente restritivo dos fundamentos legais que habilitam a pedir ao tribunal estadual que anule a decisão proferida pelo tribunal arbitral constitui, precisamente, a afirmação da própria independência e autonomia da jurisdição arbitral. 2. Basicamente, a acção especial de anulação da decisão arbitral cuida apenas da detecção dos vícios graves de natureza processual susceptíveis de revestir influência decisiva na resolução do litígio. 3. Há portanto que tomar apenas em consideração as (eventuais) violações graves de princípios basilares e estruturantes de qualquer processo de composição de interesses, mormente os que têm a ver com os princípios da igualdade das partes e do contraditório.

¹⁶⁸⁷ MAARTEN DRAYE, “Asbl L. v. Asbl c., Court of First Instance Brussels, Case n.º 2015/7647/A, 23 February 2017”, in Annet van Hooft and Jean François Tossens (eds), *b-Arbitral, Belgian Review of Arbitration*, Wolters Kluwer, 2017, Vol. 2017, Issue 1, p. 119.

¹⁶⁸⁸ Proc. n.º 871/15.6YRLSB-7.

4. A circunstância de não terem prevalecido os depoimentos escritos prestados pelas testemunhas arroladas pelos demandados, ora AA. (que desde logo não os confirmaram oralmente em audiência por não terem comparecido nesta), integra-se, de pleno, na esfera de competência normal do tribunal arbitral quando aprecia e valora o conjunto dos elementos probatórios reunidos nos autos (...).”

(d) Omissão de pronúncia

O acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4 de Junho de 2013¹⁶⁸⁹, decidiu que a omissão de pronúncia conducente à anulação da sentença leva a uma anulação parcial da sentença arbitral, na medida em que a matéria omitida é dissociável do resto da sentença. Aí se estabelece que “1. Nos termos do art. 42.º, n.º 3 da Lei n.º 63/2011, de 14/12 (Lei da Arbitragem Voluntária), a sentença arbitral deve ser fundamentada. 2. No âmbito de um processo por acidente de viação, a omissão do tratamento pelo juiz arbitral da questão dos ‘salvados’ concernentes ao veículo automóvel sinistrado, em caso de perda total do mesmo, implica uma omissão de pronúncia conducente a uma anulação da decisão com base no fundamento de anulação referidos no n.º 3 do art. 46.º da LAV. 3. Porém, na medida em que esta matéria omitida é dissociável do resto da decisão, a anulação pelo Tribunal da Relação da decisão arbitral deve ser determinada de modo parcial, mantendo-se o demais decidido”.

4. Princípio do reconhecimento da sentença arbitral ou *favor recognitionis*

O *favor recognitionis* é entendido como um princípio visando tornar mais fácil o reconhecimento e a execução de sentenças judiciais estrangeiras, “*a general concept aimed at making foreign judgments more easily recognised and enforceable*”¹⁶⁹⁰. O *favor recognitionis* decorre essencialmente das manifestações favoráveis ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais que prevêm a CNI, repercutidas na

¹⁶⁸⁹ Proc. n.º 119/13.8YRPRT.

¹⁶⁹⁰ TOSHIYUKI KONO; PAULIUS JURCY, “General Report”, in TOSHIYUKI KONO, *Intellectual property and private international law: comparative perspectives*, cit., p. 201; Veja-se também: PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO, *A Proposal to improve recognition and enforcement of judgments in IP litigation: the CLIP-principles*, p. 4; Disponível em: http://eprints.ucm.es/8833/1/Tokyo-lecture-09_05_09pdemiguelasensio.pdf.

generalidade dos ordenamentos jurídicos analisados. Refira-se, designadamente, a proibição de revisão do mérito da causa da sentença arbitral a ser reconhecida (artigo III), a interpretação restrita do conceito de “ordem pública” (artigo V) e a aplicação do Direito nacional mais favorável, nomeadamente no que toca à deslocalização de sentenças arbitrais e o consequente reconhecimento, numa determinada ordem jurídica, de sentenças anuladas nos países em que foram proferidas que favorece o seu artigo VII.

O *favor recognitionis* visa facilitar o reconhecimento da sentença arbitral numa ordem jurídica diversa da que a mesma foi proferida. No entanto, como refere o Supremo Tribunal português, no seu recente acórdão de 14 de Março de 2017¹⁶⁹¹: “A circunstância de a referida Convenção [CNI] visar facilitar o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras não significa um reconhecimento incondicionado ou sem limites de tais sentenças, estatuidando o seu artigo V, n.º 2, al. b) que o reconhecimento poderá ser recusado se a autoridade competente do país em que o mesmo for pedido constatar que o mesmo é contrário à ordem pública desse país, sendo consensual que a ordem pública de que aqui se fala, por suscitar uma questão de Direito Internacional Privado, é apenas a internacional – o que, aliás, foi expressamente consagrado pelo artigo 56.º, n.º 1, al. b), ii), da LAV, a cuja luz deve ser interpretado, no nosso ordenamento, este fundamento de recusa de reconhecimento”. Passemos em revista alguns aspectos referentes à aplicação do princípio do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

4.1. Aplicação restrita da reserva de ordem pública

I. Em matéria de conflitos de leis como do reconhecimento de sentenças estrangeiras, a ordem pública em Direito Internacional Privado preenche a função de salvaguarda dos princípios e valores fundamentais de um Estado¹⁶⁹². É geralmente admitido pela doutrina e pela jurisprudência que a ordem pública prevista no artigo V 2) b) da CNI deve ser considerada como sendo a “ordem pública internacional”¹⁶⁹³.

¹⁶⁹¹ Acórdão do STJ, 14 de Março de 2017, proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1; disponível em www.dgsi.pt

¹⁶⁹² ISMAIL SÉLIM, *L'ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 9.

¹⁶⁹³ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Vol. III, cit., p. 3655.

Embora nenhuma disposição da CNI o preveja expressamente, a doutrina defende que a estrutura e os objectivos da CNI requerem esta interpretação¹⁶⁹⁴. Para MERKIN¹⁶⁹⁵, “*NYC makes it clear that the public policy referred to is that of the enforcing State*”.

O *favor recognitionis* reflete-se na aplicação restrita da reserva de ordem pública em sede de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Esta aplicação restrita da reserva da ordem pública determina v.g. a proibição de os Estados impedirem a arbitragem de questões de responsabilidade (*tort claims*), de cláusulas compromissórias ou a revisão do mérito de todas as sentenças arbitrais para assegurar a sua conformidade ao seu Direito¹⁶⁹⁶. A partir da adopção da Convenção de Nova Iorque, um grande número de tribunais supremos decidiram que a excepção de ordem pública deveria ser entendida de maneira estrita, sob pena de retirar à CNI a sua eficácia¹⁶⁹⁷.

A ordem pública internacional actua *in favorem arbitrandum* na medida em que constitui um factor regulador da autonomia da arbitragem¹⁶⁹⁸. Ela favorece, por um lado, a autonomia da vontade, a arbitrabilidade do litígio e a finalidade das sentenças¹⁶⁹⁹. Por outro lado, a ordem pública internacional salvaguarda as regras e os valores intangíveis do foro contra a ilicitude e os excessos da autonomia¹⁷⁰⁰. A adopção

¹⁶⁹⁴ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Vol. III, cit., p. 3655.

¹⁶⁹⁵ R. MERKIN, *Arbitration Law*, § 19.72, 1991 & Update August 2013; *apud* GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Vol. III, cit., p. 3657.

¹⁶⁹⁶ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Vol. III, cit., p. 3662.

¹⁶⁹⁷ IBRAHIM FADLALLAH, “L’ordre public dans les sentences arbitrales”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, V, 1994, T. 249, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 394: “Tantôt ce sont les principes fondamentaux de moralité et de justice (formule américaine), les principes de moralité et de bien-être public (formule indienne), ou encore les principes fondamentaux de la vie publique et économique, ou encore, pour une expression inversée, ce qui contredit de façon intolérable les concepts de la justice allemande. Ailleurs, on évoquera ce qui heurte profondément le sentiment de justice. Ces définitions appellent quelques observations. Tout d’abord, elles ne donnent pas de contenu, mais une réaction. Il faut que la sentence soit chocante pour contredire l’ordre public international de l’État requis. En second lieu, les formules, peu ou prou, se rejoignent. Il ne s’agit pas seulement de moralité, mais aussi de vie publique, d’économie ... En troisième lieu, l’on peut se demander si la formule de Lerebours-Pigeonnière n’est pas caduque. A côté des valeurs de principes fondamentaux, il faisait place à certaines politiques législatives”. Duma maneira simples e interpelante, o Supremo Tribunal de Justiça da Colômbia decidiu que a ordem pública é definida com base nos princípios internacionais, não devendo ser “defensiva”, nem “destrutiva”, mas “dinâmica”, “tolerante” e “construtiva” [DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, “New trends in international commercial arbitration in Latin America”, in *International Commercial Arbitration – Different Forms and their features*, Giuditta Cordero-Moss (Ed.), Cambridge University Press, 2013, p. 409].

¹⁶⁹⁸ ISMAIL SÉLIM, *L’ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 501.

¹⁶⁹⁹ ISMAIL SÉLIM, *L’ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 501.

¹⁷⁰⁰ ISMAIL SÉLIM, *L’ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 501.

do conceito da ordem pública internacional realiza os interesses económicos próprios do foro, na medida em que constitui um factor atractivo dos operadores económicos em relação a esse foro como sede da arbitragem¹⁷⁰¹. A ordem pública internacional pode ser, como vimos, substancial ou processual. Os critérios da arbitrabilidade são de ordem pública e a ordem pública internacional permite superar a anacronismo das legislações sobre a arbitragem¹⁷⁰².

No seu acórdão de 14 de Março de 2017, o Supremo Tribunal de Justiça português considerou como contrária à ordem pública internacional do Estado português, e por conseguinte, negou o reconhecimento de uma sentença proferida na Espanha, a fixação de um montante indemnizatório, por incumprimento da sua obrigação de não concorrência por um advogado português superior a 25 anos dos rendimentos do referido advogado. Segundo o Supremo Tribunal de Justiça, a referida sentença colide com os bons costumes, o princípio da boa fé e o princípio da proporcionalidade¹⁷⁰³, conduzindo “a sentença arbitral estrangeira em questão a um resultado chocante, intolerável e inadmissível pela ordem pública internacional do Estado português dado o atropelo grosseiro, clamoroso e flagrante do sentimento ético jurídico dominante e de interesse de primeira grandeza da comunidade local; o pedido de reconhecimento da mesma deve ser recusado”.

II. Observa-se, em França, que o Tribunal de Apelação de Paris¹⁷⁰⁴, em matéria de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, tem aplicado um critério de apreciação da reserva de ordem pública internacional ainda mais restrita desde o caso *Thalès Air Defence B.V. vs. GIE Euromissile* (2004)¹⁷⁰⁵, de modo que a violação da ordem pública internacional do Estado francês que constitui o critério de controlo das sentenças reconduz-se à ilicitude flagrante, ou seja “*l’illicéité ‘qui crève les yeux’*” (a ilicitude que fura os olhos).

¹⁷⁰¹ ISMAIL SÉLIM, *L'ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 501.

¹⁷⁰² ISMAIL SÉLIM, *L'ordre public international in favorem arbitrandum*, cit., p. 502.

¹⁷⁰³ Proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1, www.dgsi.pt

¹⁷⁰⁴ Paris, 18 novembre 2004, *Rev. Crit. DIP* 2006, p. 104, note Bollée; *Journal de Droit International*, 2005, p. 357, note Mourre.

¹⁷⁰⁵ Disponível em: https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2008_2903/quatrieme_partie_jurisprudence_cour_2922/procedure_civile_organisation_professions_2956/arbitrage_12244.html

O Tribunal de Cassação francês, por sua vez, no mesmo caso, afirmou no seu acórdão datado de 4 de Junho de 2004 que “*s’agissant de la violation de l’ordre public international, seule la reconnaissance ou l’exécution de la sentence est examinée par le juge de l’annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée*”¹⁷⁰⁶. Assim, a contrariedade à ordem pública internacional do Estado francês para fundamentar a recusa de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira deve ser flagrante, efectiva e concreta¹⁷⁰⁷.

Um acórdão recente do Supremo Tribunal de Justiça português, datado de 1 de Outubro de 2019¹⁷⁰⁸ *supra* mencionado aproxima-se da jurisprudência francesa ao referir que “Só uma *ofensa concreta e séria (grave)* aos fins prosseguidos pelos princípios da ordem pública internacional pode e deve ser sancionada”.

4.2. Aplicação do Direito nacional mais favorável ao reconhecimento, em especial, em matéria de reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede

O princípio do *favor recognitionis* encontra um campo de aplicação em matéria do cumprimento dos requisitos legais para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras e de reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede.

I. O reconhecimento de sentença arbitral estrangeira sem o requisito de apresentação da tradução autenticada da sentença é uma concretização da aplicação do artigo VII da CNI. O Tribunal Federal de Justiça alemão (*BGH*) confirmou, em acórdão de 25 de Setembro de 2003¹⁷⁰⁹, a decisão de uma jurisdição inferior que havia concedido o *exequatur* a uma sentença arbitral estrangeira nos termos do § 1064, n.ºs 1 e 3 do Código de Processo Civil alemão. Nos termos do n.º 1 do seu § 1064.º, deve ser apresentado o original da sentença ou uma cópia autenticada para a obtenção da

¹⁷⁰⁶ Disponível em :

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2008_2903/quatrieme_partie_jurisprudence_cour_2922/procedure_civile_organisation_professions_2956/arbitrage_12244.html

¹⁷⁰⁷ Veja-se: MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, cit., p. 85.

¹⁷⁰⁸ Proc. n.º 1254/17.9YRLSB.S1; disponível em: www.dgsi.pt

¹⁷⁰⁹ In *Les cahiers de l’arbitrage*, Vol. III, Alexis Mourre (Dir.), Gazette du Palais – Édition Juillet 2006, p. 436.

declaração executória da sentença arbitral. Contrariamente ao artigo IV da CNI, o Código de Processo Civil alemão não exige a apresentação de uma tradução autenticada da sentença, nem da convenção de arbitragem. Por conseguinte, o *BGH* admitiu a aplicação do artigo VII da CNI para a concessão do *exequatur* à referida sentença arbitral.

II. O reconhecimento de sentenças anuladas no país de origem: um passo demasiado ousado?¹⁷¹⁰ O artigo VII, n.º 1 da CNI, base convencional do *favor recognitionis*, foi aplicado nalguns casos jurisprudenciais célebres pelos tribunais franceses, americanos e belgas para fundamentar o reconhecimento de sentenças arbitrais declaradas nulas no país da sede. Um Tribunal de Apelação do Grão Ducado de Luxemburgo admitiu a sua aplicabilidade em matéria de reconhecimento de sentenças anuladas no seu país de origem.

4.2.1. Uma posição pioneira, mas isolada do Supremo Tribunal dos Países Baixos

No caso *Société Européenne d'études et d'entreprises (S.E.E.E) vs. République de Yougoslavie*, a sentença arbitral proferida a favor da S.E.E.E., por RIPERT e PANCHAUD, no dia 2 de Julho de 1956¹⁷¹¹, foi objecto de um recurso de anulação interposto pela República de Yugoslávia junto do Tribunal do Cantão de Vaud. Este Tribunal afirmou a sua incompetência para conhecer do recurso de anulação. No

¹⁷¹⁰ Veja-se sobre a expressão “a step to far”: ROY GOODE, “The role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration”, in *Arbitration International*, vol. 17, 2001, p. 39. Sobre o referido tema, veja-se também: MARIKE R. P. PAULSSON, *The 1958 New York Convention in action*, cit., pp. 233-234: “The Convention’s inclusive approach with respect to other regimes on enforcement is based on the desire to promote the enforcement of awards. Given that the Convention is very favorable to the enforcement of awards and that most national regimes are based on the UNCITRAL Model Law, which copies the core provisions of the Convention, in reality the successful party in the arbitration will most likely rely on the Convention, except for the examples mentioned above”. Para Marike Paulsson, o artigo VII, n.º 1 da CNI é uma redundância (MARIKE R. P. PAULSSON, *The 1958 New York Convention in action*, cit., p. 234: “However, the drafters themselves underestimated the potential of the Convention and at the same time did not predict the important role courts would play to attribute the most favorable meaning to the Convention itself: judicial application resulted in a very large number of enforcements worldwide. Courts have glossed the entire Convention with a pro-enforcement attitude. The Convention is one of the most favorable regimes for enforcement making the MFR-clause almost redundant. The one scenario that might have necessitated the applicant to rely on a different regime – strictures imposed on the form of the arbitration agreement – has changed with the recommendations of UNCITRAL, implying that tacit acceptance and conduct is included in the Convention”).

¹⁷¹¹ In *Clunet*, 1959, p. 1074.

entanto, veio a admitir o recurso no dispositivo da decisão, na medida em que considerou que a decisão recorrida não constituía uma sentença arbitral. Para o Tribunal suíço, “*l’acte signé RIPERT et PANCHAUD ne constitue pas un jugement arbitral au sens de l’article 516 du Code de Procédure Vandois et qu’il doit être restitué au déposant*”¹⁷¹². Esta decisão implicava obviamente a anulação da sentença arbitral. O Tribunal Federal suíço confirmou a decisão do Tribunal do Cantão de Vaud¹⁷¹³.

Por sua vez, o Tribunal de Apelação da Haia negou o reconhecimento da referida sentença arbitral pelo facto da sua anulação pelo Tribunal do Cantão de Vaud. Em contraposição, o Supremo Tribunal dos Países Baixos assumiu uma posição inusitada no seu acórdão de 26 de Outubro de 1973¹⁷¹⁴, ao afirmar que a Convenção de Nova Iorque não impedia a concessão de *exequatur* a uma sentença arbitral desconstituída no seu país de origem, tendo, por via de consequência, acordado o *exequatur* à sentença arbitral proferida na Suíça e anulada pelo Tribunal do Cantão de Vaud¹⁷¹⁵, por decisão datada de 12 de Fevereiro de 1957¹⁷¹⁶.

Segundo o Supremo Tribunal dos Países Baixos: “*it appears from the considerations of the Court of Appeal that its decision starts from the view that, to be eligible for recognition and enforcement under the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York on June 10, 1958 which has been ratified by both the Netherlands and Switzerland’s, an arbitral award must be an arbitral award by virtue of the law of a particular country; in the opinion of the Court of Appeal only the law of the Canton Vaud may be considered in this connection; however, no support for this view can be found in the text of the Convention; moreover, that opinion is inconsistent with the manner in which, according to the purpose and system of the Convention, the courts must carry out the investigation that is to proceed a decision concerning recognition and enforcement (...)*”.

A mesma sentença arbitral veio a ser também reconhecida pelo Tribunal de Apelação de Rouen por acórdão de 13 de Novembro de 1984¹⁷¹⁷.

¹⁷¹² Disponível em: www.newyorkconvention1958.org.

¹⁷¹³ Disponível em: www.newyorkconvention1958.org.

¹⁷¹⁴ In *International Legal Materials*, Vol. 14, N.º 1 (January 1975), pp. 71-75; veja-se também: DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, cit., p. 351.

¹⁷¹⁵ In *Revue de l’arbitrage*, 1974, p. 311; DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, cit., p. 351.

¹⁷¹⁶ In *Revue Critique*, 1958, pp. 358 e 363.

¹⁷¹⁷ In *Revue de l’arbitrage*, 1985, p. 115; DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, p. 351; disponível também em: www.newyorkconvention1958.org.

4.2.2. *Ars inveniendi* e vanguardismo da jurisprudência francesa¹⁷¹⁸

A jurisprudência francesa oferece diversos casos em que foram reconhecidas, sem rodeios, sentenças arbitrais anuladas no país de origem (sede), traduzindo inequivocamente um *favor recognitionis* ainda não alcançado nos quatro cantos do planeta. O caso *Pabalk vs. Norsolor* deu o pontapé de saída, passando-se de uma dimensão de debate puramente acadêmica à concretização da hipótese de reconhecimento de sentença arbitral anulada no seu país de origem em França.

a) *Norsolor* (1984)¹⁷¹⁹

Uma sentença arbitral proferida na Áustria com base na *lex mercatoria* internacional havia sido parcialmente anulada pelo Tribunal de Apelação de Viena, em 29 de Junho de 1992, com o fundamento de que o tribunal arbitral havia ultrapassado os limites da sua missão ao designar, não o Direito nacional aplicável ao mérito da causa de acordo com a regra de conflito mais apropriada, mas referindo-se à *lex mercatoria*, considerada como um “Direito universal de validade incerta”. O Tribunal de Apelação reformulou a sentença do Tribunal de Comércio de Viena, antes de por sua vez, ser censurado pelo Supremo Tribunal da Áustria. Na sequência da anulação da sentença arbitral, o Tribunal de Apelação de Paris retirou o *exequatur* antes concedido

¹⁷¹⁸ RANA CHAABAN, “La reconnaissance des sentences arbitrales annulées dans le pays du siège: émergence d’un ordre juridique arbitral?”, in *L’arbitrage détaché des lois étatiques*, Actes du colloque du Mans – 15 décembre 2011, Rana Chaaban (Dir.), Éditions L’epitoge-Lextenso, 2012, p. 83-103; ANTÔNIO SAMPAIO CAMELO, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras* ..., p. 76: “Pilar fundamental desta conceção é afirmação da existência de uma ‘ordem jurídica arbitral’, constituída por regras transnacionais (pelo seu objeto e pela sua origem) que são desenvolvidas pelos árbitros chamados a dirimir arbitragens internacionais, através da aplicação do método comparatístico ao acervo normativo formado pelas ordens jurídicas estaduais, detetando aí linhas de convergência que permitem a enunciação de regras realmente adequadas a disciplinar as operações do comércio internacional”; LAURO GAMA JR., “Recusas fundadas no artigo V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil”, in *Arbitragem Comercial Internacional*, Arnaldo Wald; Selma Ferreira Lemes (Coord.), 2014, pp. 235-273.

¹⁷¹⁹ Cass. 1re civ., 9 oct. 1984, *Revue de l’arbitrage*, 1985, p. 431, note B. Goldman; *Journal de Droit International*, 1985, p. 679, note Ph. Kahn; 2 *Journal of International Arbitration*, 67, June 1985, note J. Thompson; ADRIANA BRAGHETTA, *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*, cit., p. 115; ADRIANA BRAGHETTA, *A importância da sede da arbitragem – Visão a partir do Brasil*, Vol. I, Renovar, 2010, p. 127.

em 19 de Novembro de 1992, entretanto mantido pelo Tribunal de grande instância de Paris. O Tribunal de Cassação anulou o acórdão do Tribunal de Apelação de Paris com base no artigo VII da CNI. Para o Tribunal de Cassação: “(...) *le juge ne peut refuser l’exequatur lorsque son droit national l’autorise*”¹⁷²⁰.

b) *Polish Ocean Line* (1993)¹⁷²¹

No caso *Polish Ocean Line vs. Jolasry*, o Tribunal de Cassação francês concluiu, com base no artigo VII, n.º 1 da CNI, que o juiz francês não pode, no caso em que a sentença é anulada ou suspensa pela autoridade competente do país onde foi proferida, recusar a execução por um motivo não previsto pelo artigo 1502 do Novo Código de Processo Civil, embora tal motivo conste do artigo V, 1) e) da CNI. Assim, confirmou o acórdão do Tribunal de Apelação de Douai que concedeu o *exequatur* a uma sentença proferida na Polónia, apesar de ter sido suspensa por uma autoridade daquele país¹⁷²². Para o Tribunal de Cassação francês: “*Le juge français ne peut, lorsque la sentence a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel elle a été rendue, refuser l’exécution pour ce cas qui n’est pas au nombre de ceux énumérés par l’article 1502 du nouveau Code de Procédure Civile, bien qu’il soit prévue par l’art. V, 1), e) de la Convention de 1958*”.

c) *Hilmarton* (1994)¹⁷²³

Na sequência da anulação pelo Tribunal Federal suíço de uma decisão arbitral proferida em Genebra num caso envolvendo *Hilmarton*, os tribunais franceses decidem que a anulação da referida decisão não surte efeitos em França, declarando a sentença

¹⁷²⁰ PHILIPPE FOUCHARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, cit., pp. 337-338; FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, cit., p. 928.

¹⁷²¹ Cass., *Revue de l’arbitrage*, 1993, pp. 255 e 258 (2ème espèce); POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 901; POUDRET; BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 848, N. 927; ADRIANA BRAGHETTA, *A importância da sede da arbitragem – Visão a partir do Brasil*, Vol. I, cit., p. 149.

¹⁷²² POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 901; POUDRET; BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 848, N. 927.

¹⁷²³ Cass. 1re civ., 23 mars 1994, *Revue de l’arbitrage*, 1994, p. 324, note Ch. Jarrosson.; ADRIANA BRAGHETTA, *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*, cit., pp. 124 e ss.; ADRIANA BRAGHETTA, *A importância da sede da arbitragem – Visão a partir do Brasil*, Vol. I, cit., p. 139.

anulada executória em França¹⁷²⁴. Por um acórdão datado de 23 de Março de 1994, o Tribunal de Cassação constata que o artigo VII da CNI permite a uma parte prevalecer-se das regras do Direito francês (de Direito comum) sobre o *exequatur* das sentenças proferidas no estrangeiro em matéria internacional, e constata que do artigo 1502 NCPC não consta como motivo de recusa da execução de sentenças estrangeiras a sua anulação no país de origem¹⁷²⁵. Assim, o Tribunal de Cassação decidiu que “*La sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n’était pas intégrée à l’ordre juridique de cet Etat, de sorte que son existence demeurerait établie malgré son annulation et que sa reconnaissance n’était pas contraire à l’ordre public international*”.

A saga *Hilmarton* prosseguiu e, na sequência da anulação da primeira sentença arbitral na Suíça e a realização de uma segunda arbitragem, uma sentença favorável à *Hilmarton* foi proferida pelo tribunal arbitral. Este requereu o *exequatur* em França da segunda sentença arbitral, bem como do acórdão do Tribunal Federal Suíço que havia, entretanto, confirmado a anulação da primeira sentença arbitral. O Tribunal de Apelação de Versalhes admitiu o pedido de *exequatur*, uma vez que, segundo ele, o *exequatur* da primeira sentença arbitral não podia cristalizar ou petrificar o litígio na ordem jurídica francesa no estado em que se encontrava na data da referida sentença. No entanto, a contrariedade das decisões resultante do segundo *exequatur* deveria ser resolvida pelo Tribunal de Cassação. Assim, “*l’exequatur de cette sentence [la première], tel qu’obtenu avant qu’elle ne fût anéantie dans l’ordre juridique suisse, ne peut cependant avoir pour effet de figer le litige dans l’ordre juridique français au stade où il se trouvait à la date de cette sentence, et de rendre de la sorte inefficace en France les recours régulièrement formés dans l’ordre juridique étranger contre cette sentence*”.

O Tribunal de Cassação¹⁷²⁶ anulou o acórdão do Tribunal de Apelação de Versalhes com base na autoridade de coisa julgada, ao afirmar que a existência de uma decisão irrevogável sobre o mesmo objecto e entre as mesmas partes obstava a qualquer reconhecimento em França de uma decisão judiciária ou arbitral proferida no

¹⁷²⁴ ALBERT JAN VAN DEN BERG, “Enforcement of Annuled awards?”, in *The ICC International Court of Arbitration*, Bulletin, Vol. 9, N.º 2, Nov. 1998, p. 16.

¹⁷²⁵ PHILIPPE FOUCHARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, cit., pp. 339-340; FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, cit., p. 929.

¹⁷²⁶ In *Revue de l’arbitrage*, 1995, pp. 639, 643 et 648, note Jarrosson; *Journal de Droit International*, 1996, p. 120, note Gaillard.

estrangeiro que seja incompatível com ela. *In verbis*: “l’existence d’une décision irrévocable portant sur le même objet entre les mêmes parties faisait obstacle à toute reconnaissance en France d’une décision judiciaire ou arbitrale rendue à l’étranger incompatible avec elle”.

O Professor PHILIPPE FOUCHARD¹⁷²⁷ congratula-se, afirmando que “*Cette jurisprudence est inattaquable en droit. Elle applique l’art. VII de la Convention de New York et en respecte la lettre et l’esprit*”¹⁷²⁸.

d) *Bargues Agro* (2004)¹⁷²⁹

No caso *Société Bargues Agro Industries S.A. c/ Société Young Pecan Company*, o Tribunal de Apelação de Paris, num acórdão de 10 de Junho de 2004, recusou o pedido de suspensão do reconhecimento de uma sentença arbitral proferida na Bélgica onde uma acção anulatória da referida sentença havia sido intentada. O Tribunal de Apelação constatou que, tratando-se de uma arbitragem internacional, a sentença não se integrava em nenhuma ordem jurídica. Ainda que fosse anulada na Bélgica, tal facto não impediria o seu reconhecimento em França.

O Tribunal decidiu que “*Considérant que la procédure d’annulation intentée en Belgique où l’arbitrage a eu lieu étant d’autant privée d’intérêt pour les besoins de l’exécution en France de la sentence rendue le 28 juin 2002 à Anvers que prononcée dans le cadre d’un arbitrage international où sont en cause les intérêts du commerce international pour porter sur la vente de noix de pécan entre parties établies dans les Etats différents, elle n’est pas intégrée dans l’ordre juridique belge de sorte que son éventuelle annulation par le juge du siège ne porte pas atteinte à son existence en*

¹⁷²⁷ PHILIPPE FOUCHARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, in *Écrits*, Comité Français de l’Arbitrage, 2007, p. 451.

¹⁷²⁸ “(...) There is no doubt that an award set aside by the courts at the seat of the arbitration no longer enjoys the benefit of the provisions of the 1958 New York Convention. Similarly, it is clear that, under the provisions of that Convention, an award in respect of which an action to set aside is pending at the seat of arbitration may be refused recognition and enforcement until a final decision has been made at the seat. However, (...) the French courts held that the provisions of the New York Convention merely represent the minimum recognition of awards that the contracting States undertake to provide, and that they do not prevent the recognition and the enforcement in France, under the ordinary rules of French arbitration law, of an award which has been set aside at the seat of the arbitration. This approach is perfectly in keeping with Article VII of the New York Convention” (EMMANUEL GAILLARD; JOHN SAVAGE, *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., pp. 913-914, N. 1595).

¹⁷²⁹ In *Revue de l’arbitrage*, 2006, N.º 1, pp. 155-160.

empêchant sa reconnaissance et son exécution dans d'autres ordres juridiques nationaux".

e) *Bechtel* (2005)¹⁷³⁰

Em Julho de 2000, foi iniciada uma arbitragem entre International Bechtel Co. Ltd e a Direcção de Aviação Civil do Governo do Dubai junto da Câmara de Comércio e Indústria do Dubai. A arbitragem decorreu no Dubai, ao abrigo da legislação em vigor nesse país. No dia 20 de Fevereiro de 2002, o árbitro suíço proferiu uma sentença condenando a Direcção de Aviação Civil a pagar à Bechtel o montante de \$ 24.4 milhões. A sentença arbitral foi anulada pelo Tribunal de primeira instância do Dubai com o motivo de que os testemunhas apenas se comprometeram a dizer a verdade ("*bound to tell the truth*") e não declararam segundo a legislação do Dubai a fórmula consagrada para o efeito, ou seja, "*I swear by the Almighty to tell the truth and nothing but the truth*"¹⁷³¹.

O Tribunal de Cassação do Dubai confirmou a decisão do Tribunal de primeira instância. Enquanto o Tribunal do Distrito Federal americano negou o reconhecimento e execução nos Estados Unidos com o motivo de que os Emiratos Árabes Unidos não eram parte à Convenção de Nova Iorque e que as partes não haviam acordado que a sentença seria recorrível nos tribunais americanos¹⁷³², o Tribunal de Apelação francês confirmou o *exequatur* do Tribunal de primeira instância de Paris, tendo este decidido que a anulação da sentença arbitral efectuada pelo Tribunal de Cassação do Dubai tem efeito apenas no território dos EAU, sem efeitos a nível internacional¹⁷³³.

f) *Lesbats et fils* (2007)

¹⁷³⁰ In *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 700.

¹⁷³¹ JOHN M. TOWNSEND, "The New Bahrain Arbitration Law and the Bahrain 'Free Arbitration Zone'", in *International Centre of Dispute Resolution – Awards and Commentaries*, Grant Hanessian; Jacob M. Kaplan (Eds.), Juris, 2012, p. 87.

¹⁷³² JOHN M. TOWNSEND, "The New Bahrain Arbitration Law and the Bahrain 'Free Arbitration Zone'", cit., p. 87.

¹⁷³³ Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Émirat de Dubai v. Société Int'l Bechtel, *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 695.

O Tribunal de primeira instância de Bruxelas anulou, por decisão datada de 16 de Novembro de 2006¹⁷³⁴, a sentença interlocutória e a decisão arbitral proferidas por um tribunal arbitral. Por conseguinte, negou o *exequatur* requerido pela demandante com o motivo de que não ficou provado que a mesma tenha tido a intenção de submeter à arbitragem um eventual litígio a surgir uma vez que não consta qualquer referência explícita à arbitragem na confirmação da encomenda, nem nalgum documento anterior. Por conseguinte, não existiu no caso concreto uma cláusula de arbitragem válida entre as partes.

Ao contrário, o Tribunal de Apelação de Paris no seu acórdão datado de 18 de Janeiro de 2007 salientou que o artigo VII, 1 da CNI encoraja a aplicação do Direito comum mais favorável à execução das sentenças, o que é o caso do Direito francês em relação às disposições da CNI em matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, uma vez que ignora a anulação da sentença no país da sede como motivo de recusa de *exequatur*. O Tribunal considerou como sendo um princípio fundamental do Direito francês que a anulação pelo juiz da sede da sentença proferida no estrangeiro não prejudica a existência da sentença no sentido de impedir o seu reconhecimento e a sua execução noutras ordens jurídicas nacionais porque o árbitro não faz parte integrante do ordenamento jurídico do Estado da sede. Assim, o Tribunal de Apelação de Paris concedeu o *exequatur*.

g) *Putrabali* (2007)

No caso *Sté PT Putrabali Adyamulia v. Sté Rena Holding et Sté Moguntia Est Epices*¹⁷³⁵, o Tribunal de Cassação francês reconhece pela primeira vez, por acórdão

¹⁷³⁴ C. Paris (1re ch. C), 18 janvier 2007: Lesbats et fils c. Volker le Docteur Grub – *RG n.º 05-10.887*; *apud* ALEXY MOURRE; PRISCILLE PEDONE, “Sommaires de jurisprudence française”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Vol. IV, Alexy Mourre (Dir.), Éditions A. Pedone, 2008, p. 629.

¹⁷³⁵ ALEXY MOURRE; PRISCILLE PEDONE, “Sommaires de jurisprudence française”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Vol. IV, cit., p. 634; CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, cit., p. 836, N. 915: “D’un côté, la solution retenue par le droit français a pour inconvénient évident de condamner toute harmonie internationale des solutions. Par ailleurs, elle est source d’imprévisibilité pour les parties, puisqu’elle peut conduire à instaurer une incertitude indéfinie sur le point de savoir si cette sentence, pourtant annulée au siège, est véritablement non avenue ou si elle pourra, malgré tout, être exécutée dans tel ou tel pays. Enfin, la solution française conduit le juge de l’exequatur à se placer, indirectement au moins, en censeur de la décision d’annulation judiciaire rendue dans le pays d’origine de la sentence. D’un autre côté, elle peut également se prévaloir de certains arguments. On peut notamment faire valoir qu’accorder une autorité particulière à la décision d’annulation de la sentence rendue au siège favoriserait une empreinte excessive du droit du siège sur un arbitrage international, et que l’accueil de la sentence sur le territoire français doit s’apprécier en fonction

datado de 29 de Junho de 2007, não só que a sentença arbitral não se integra na ordem jurídica do Estado onde a arbitragem decorreu, mas também que ela constitui uma “decisão de justiça internacional” (*décision de justice internationale*) à semelhança das decisões proferidas pelas jurisdições internacionais permanentes. Aí se estabelece que “(...) *attendu que la sentence internationale, qui n’est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où la reconnaissance et son exécution sont demandées*”¹⁷³⁶.

h) *Maximov* (2017)

Mais recentemente a jurisprudência francesa foi reafirmada no caso *Maximov v. Open Joint Stock Company “Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat”* enquanto o *Commercial Court* inglês (2017)¹⁷³⁷ assumiu uma posição oposta. A sentença arbitral a favor da parte demandante, obtida na sequência de uma arbitragem que se realizou no Tribunal Comercial Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria da Federação Russa, foi anulada pelo Tribunal Comercial (*Arbitrazh*) de Moscovo, em 21 de Junho de 2011, e confirmada pelo Tribunal Federal de Moscovo, em 26 de Setembro de 2011. A demandante requereu, no entanto, o seu reconhecimento em Paris, Amsterdão e Londres. O *exequatur* da sentença arbitral anulada foi concedido pelos tribunais franceses.

Em 2011, o Tribunal do Distrito de Amsterdão¹⁷³⁸ negou o reconhecimento da sentença arbitral. Segundo o Tribunal, a demandante não provou que os princípios

des seules exigences et critères posés par le droit français, sans se préoccuper de celui réservé à cette sentence par un autre juge, que ce soit dans l’État du siège ou dans un autre État où l’exécution aurait auparavant été demandée. Ceci étant, il semblerait préférable que le juge du lieu d’exécution requis reconnaisse que la décision d’annulation d’une sentence, rendue par le juge étranger du siège, peut, le cas échéant, s’opposer à l’exécution de cette sentence sur son territoire, dès lors que la décision d’annulation étrangère remplit les conditions pour y être reconnue en vertu des règles de son droit international privé”.

¹⁷³⁶ Cass. civ. 1re, 29 juin 2007, *Sté PT Putrabali Adyamulia v. sté Rena Holding et sté Moguntia Est Epices* (2 esp.), *Revue de l’arbitrage*, 2007, p. 507, rapport J. P. Ancel, note E. Gaillard; *Journal de Droit International*, 2007, n.º 4, note T. Clay.

¹⁷³⁷ [2017] 2 Lloyds’s Rep. 519; Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-012-1215?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-012-1215?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)

¹⁷³⁸ Netherlands No. 41, Nikolai Viktorovich Maximov v. OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat, Provisions Judge of the District Court of Amsterdam, 491569/KG RK 11-1722, 17 November 2011 in Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration*, Volume 37, Kluwer Law International, 2012, pp. 274 – 276.

processuais de uma justiça imparcial haviam sido, de forma grosseira, violados. A simples alegação de que os tribunais russos são de longa data corruptos, não assentava em fontes independentes credíveis e não se tinha provado qualquer interesse do Estado russo no resultado da arbitragem. O *Commercial Court* inglês também recusou o reconhecimento da referida sentença anulada no país de origem.

4.2.3. O realismo da jurisprudência americana

Na senda da jurisprudência francesa, a política legislativa federal a favor da arbitragem influenciou os tribunais americanos no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas no país de origem. Socorrendo-se do artigo VII da CNI que legitima a adopção e aplicação de leis estaduais mais favoráveis ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, os tribunais americanos concretizaram, à sua maneira, o *favor recognitionis* em relação às referidas sentenças.

a) *Chromalloy* (1996)¹⁷³⁹

O litígio opõe a República árabe do Egito à sociedade americana *Chromalloy*¹⁷⁴⁰. Por iniciativa da *Chromalloy*, uma sentença arbitral é proferida no Egito, e condena o Estado egípcio ao pagamento de várias somas. Enquanto *Chromalloy* requer a execução da sentença nos Estados Unidos, o Estado egípcio intenta uma acção de anulação no Egito. O Tribunal de Apelação do Cairo, por acórdão datado de 5 de Dezembro de 1995, anula a sentença arbitral com o fundamento de que o tribunal arbitral devia aplicar o Direito Administrativo e não o Direito Civil egípcio. Segundo o Tribunal de Apelação do Cairo: “*La sentence qui, après avoir considéré qu’il n’était pas nécessaire de déterminer la – nature civile ou administrative – du contrat, a appliqué les règles du droit civil égyptien au contrat, alors qu’il*

¹⁷³⁹ IÑAKI CARRERA, “Anotação ao Acórdão *Chromalloy*”, in *100 anos de Arbitragem*, Coimbra Editora, 2015, pp. 165-185; ADRIANA BRAGHETTA, *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*, cit., pp. 118 e ss.; ADRIANA BRAGHETTA, *A importância da sede da arbitragem – Visão a partir do Brasil*, Vol. I, cit., p. 131.

¹⁷⁴⁰ 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996).

s'agissait d'un contrat administratif nécessitant l'application du droit administratif égyptien; ce faisant, le tribunal arbitral a écarté la loi choisie par les parties"¹⁷⁴¹.

O Tribunal do Distrito de Columbia, por sentença datada de 31 de Julho de 1996, declarou executória a sentença arbitral com base no artigo VII da Convenção de Nova Iorque, uma vez que o Direito americano não permite ao juiz do *exequatur* recusar uma sentença que cometeu um erro de Direito. Por outro, a convenção das partes excluía qualquer recurso contra a sentença arbitral. O Tribunal americano julgou ser contrário à ordem pública americana, que impõe o respeito das convenções de arbitragem, especialmente em matéria internacional, o reconhecimento de uma decisão judicial estrangeira que admite o recurso da sentença arbitral ¹⁷⁴². “*The U.S. public policy in favor of final and binding arbitration of commercial dispute is unmistakable, and supported by treaty, by statute, and by case law*”¹⁷⁴³.

Duas decisões americanas de 1999 e 2007 tendem a contrariar a jurisprudência *Chromalloy*¹⁷⁴⁴.

b) *Baker Marine (Nig.) Ltd v. Chevron (Nig.) Ltd* [2d Cir. 1999] ¹⁷⁴⁵

Baker Marine, uma empresa de embarcação executou um contrato de prestação de serviços com danos. O contrato previa uma cláusula compromissória. Tendo surgido um litígio entre as partes, foi realizada uma arbitragem por um painel de árbitros, em Lagos (Nigéria). A decisão foi favorável à Baker Marine que obteve uma indemnização de cerca de 3 milhões de dólares. No entanto, a decisão foi anulada pelo tribunal judicial nigeriano. Baker requereu o reconhecimento da sentença nos Estados Unidos. O

¹⁷⁴¹ IÑAKI CARRERA, “Anotação ao Acórdão *Chromalloy*”, in *100 anos de Arbitragem*, Coimbra Editora, 2015, p. 168.

¹⁷⁴² PHILIPPE FOUCHARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, cit., p. 341; CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, cit., pp. 835-936. Segundo estes dois autores, a solução francesa parece ter sido abandonada pelas jurisdições americanas: US Court of Appeal, District of Columbia, 25 mai 2007, *Termo Rio*, *Revue de l’arbitrage*, 2007, p. 553, note J. PAULSSON; US District Court of Columbia, 17 mars 2006, *Termo Rio*, *Revue de l’arbitrage*, 2006, p. 786, note J. PAULSSON; Cour d’appel des Etats Unis (2e cir.), 12 août 1999, *Baker Marine*, *Revue de l’arbitrage*, 2000, p. 135, note E. GAILLARD; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 2680 et s.; ALBERT JAN VAN DEN BERG, “Enforcement of Annulled awards?”, in *The ICC International Court of Arbitration*, Bulletin, Vol. 9, N.º 2, Nov. 1998, p. 17.

¹⁷⁴³ IÑAKI CARRERA, “Anotação ao Acórdão *Chromalloy*”, cit., p. 181.

¹⁷⁴⁴ Veja-se também: MATTHEW D. SLATER, “On annulled arbitral awards and the death of *Chromalloy*”, in *Arbitration International*, Vol. 25, N.º 2, Kluwer Law International, 2009, pp. 271-292.

¹⁷⁴⁵ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 1180.

tribunal negou o reconhecimento da sentença arbitral com fundamento no artigo V (1) (e) da Convenção de Nova Iorque. O Tribunal de Apelação confirmou a decisão recorrida, observando que as partes haviam acordado que os seus litígios seriam dirimidos por via arbitral, de acordo com as leis da Nigéria. Para o Tribunal de Apelação: “[A]s a practical matter, mechanical application of domestic arbitral law to foreign awards under the Convention would seriously undermine finality and regularly produce conflicting judgments. If a party whose arbitration award has been vacated at the site of the award can automatically obtain enforcement of the awards under the domestic laws of other nations, a losing party will have every reason to pursue its adversary ‘with enforcement actions from country to country until a court is found, if any, which grants the enforcement’”¹⁷⁴⁶.

c) *TermoRio* (2007)¹⁷⁴⁷

O Tribunal do Distrito de Columbia, contrariamente à sua jurisprudência *Chromalloy*, adopta uma posição mais restritiva quanto ao reconhecimento de sentenças estrangeiras anuladas no seu país de origem. Para melhorar a produção e a distribuição de electricidade na Colômbia, uma sociedade local de distribuição controlada pelo Estado colombiano, a *Electrificadora del Atlántico*, criou uma filial comum TermoRio, com uma sociedade americana, contratualmente obrigada a fornecer à sociedade colombiana a electricidade por meio da central eléctrica que construía. Menos de um ano mais tarde, a Colômbia privatizou o sector da electricidade e criou uma nova sociedade que recebeu todos os activos da Electrificadora, e não os seus direitos e obrigações nos termos do contrato da TermoRio. Sem recursos, a Electrificadora deixou de cumprir as suas obrigações e a TermoRio – entretanto detida na totalidade pela sociedade americana – iniciou um procedimento arbitral contra a Electrificadora, nos termos da cláusula compromissória, que previa uma arbitragem CCI na Colômbia¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴⁶ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 1180.

¹⁷⁴⁷ 421 F. Supp. 2d 87 (D.C. 2006).

¹⁷⁴⁸ In *Les cahiers de l'arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Vol. IV, Éditions A. Pedone, 2008, pp. 655-657; ADRIANA BRAGHETTA, *A importância da sede da arbitragem – Visão a partir do Brasil*, Vol. I, cit., pp. 162-163.

A sentença arbitral condenou a Electrificadora a pagar 60 milhões de USD, mas foi anulada pelas jurisdições colombianas, uma vez que o tribunal arbitral devia aplicar o Direito colombiano e que, na data da conclusão da convenção de arbitragem, o Direito colombiano não autorizava expressamente o recurso ao regulamento de arbitragem da CCI. TermoRio e a sua sociedade mãe americana requereram o reconhecimento da sentença arbitral junto do Tribunal de Distrito do Distrito de Columbia. O tribunal americano do *DC Circuit* restringiu o critério para o não reconhecimento da decisão anulatória da sede da arbitragem. A decisão anulatória só não será reconhecida quando viole a ordem pública do foro, integrada pelas mais básicas noções de moralidade e de justiça¹⁷⁴⁹. Refiram-se por exemplo os casos de anulação de sentença arbitral por fraude ou corrupção¹⁷⁵⁰.

Esta decisão foi criticada pela doutrina americana¹⁷⁵¹. Em primeiro lugar, por se ter baseado na premissa de que uma decisão anulada já não existe. À luz da CNI uma sentença anulada não deixa de existir, uma vez que o artigo V), 1), e) permite, mas não obriga ao não reconhecimento da mesma pelo país onde for requerido o seu reconhecimento¹⁷⁵². Em segundo lugar, o Tribunal americano reconheceu os efeitos da decisão colombiana, que violou frontalmente a obrigação do Estado colombiano de reconhecer as convenções arbitrais ao abrigo do artigo II da CNI, quando as jurisdições colombianas sustentaram que uma convenção de arbitragem internacional designando as regras da ICC eram *per se* inválidas¹⁷⁵³. Por conseguinte, a fé dada à decisão de anulação colombiana constitui um grave erro de apreciação por parte do tribunal americano¹⁷⁵⁴.

d) *Pemex* (2016)¹⁷⁵⁵

¹⁷⁴⁹ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 1180; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. III, cit., pp. 3633-3634; ARNOLDO WALD, “Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada pela justiça local no país da sede da arbitragem”, in *Arbitragem – Temas contemporâneos*, Selma Ferreira Lemes; Inês Balbino (Coord.), Quartien Latin, 2012, p. 64.

¹⁷⁵⁰ W. LAWRENCE CRAIG; WILLIAM W. PARK; JAN PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 507.

¹⁷⁵¹ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. III, cit., p. 3634.

¹⁷⁵² GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. III, cit., p. 3634.

¹⁷⁵³ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. III, cit., p. 3634.

¹⁷⁵⁴ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. III, cit., p. 3634.

¹⁷⁵⁵ Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral v. Pemex-Exploración y producción, 2 de Agosto de 2016, 832 F. 3d 92 (2d Cir. 2016), p. 97; veja-se: EMMANUEL GAILLARD, “La vision américaine des sentences annulées au siège (Observations sur les arrêts Pemex et Thai-Lao Lignite de la

O litígio opõe Commisa, a filial mexicana da sociedade americana KBR, à Pemex, sociedade petrolífera nacional mexicana em torno de dois contratos para construção de plataformas petrolíferas offshore celebrados em 1997 e 2003. Por sentença datada de 16 de Dezembro de 2009, o tribunal arbitral condenou Pemex ao pagamento de uma indemnização de 300 milhões de Dólares Americanos.

Em 2 de Novembro de 2010, o Tribunal de Distrito Sul de Nova Iorque admitiu o pedido de reconhecimento da sentença nos Estados Unidos. Entretanto, por decisão de 25 de Agosto de 2011, um Tribunal colegial do 1.º Circuito Mexicano procedeu à anulação da sentença arbitral, alegando que as questões relativas à rescisão administrativa dos contratos, à semelhança da rescisão efectuada pela Pemex, não eram arbitráveis. O Tribunal referiu-se a uma lei mexicana datada de 28 de Maio de 2009, que entrara em vigor depois de o tribunal arbitral ter decidido sobre a sua competência por sentença interlocutória de 20 de Novembro de 2006.

Por decisão de 27 de Agosto de 2013¹⁷⁵⁶, o Tribunal Distrital decidiu que a sentença deveria ser reconhecida apesar da sua anulação no México, tendo constatado que a decisão mexicana de anulação contrariava as exigências de justiça processual americana, uma vez que a anulação baseava-se na aplicação retroactiva da lei, frustrando as legítimas expectativas das partes. Para o Tribunal de Apelação, *“Elementary considerations of fairness dictate that individuals should have an opportunity to know what the law is and to conform their conduct accordingly; settled expectations should not be lightly disrupted. For that reason, the principle that the legal effect of conduct should ordinarily be assessed under the law that existed when the conduct took place has timeless and universal appeal. In a free, dynamic society, creativity in both commercial and artistic endeavors is fostered by a rule of law that gives people confidence about the legal consequences of their actions”*¹⁷⁵⁷.

Por decisão datada de 2 de Agosto de 2016, o Tribunal de Apelação federal do 2.º Circuito confirmou a decisão do Tribunal Distrital, referindo-se à cortesia internacional e à observância da ordem pública, isto é, ao respeito das noções fundamentais de moralidade e de justiça dos Estados Unidos. Segundo o Tribunal de

Cour d’appel fédérale du 2º Circuit des 2 août 2016 et 20 juillet 2017)”, in *Revue de l’arbitrage*, 2017, N.º 4, pp. 1149-1151.

¹⁷⁵⁶ 962 F. Supp. 2d 642.

¹⁷⁵⁷ 962 F. Supp. 2d 642, p. 659.

Apelação: “*Although courts in this country have long recognized the principles of international comity and have advocated them in order to promote cooperation and reciprocity with foreign lands, comity remain a rule of ‘practice, convenience, and expediency’, rather than the law (...) A judgment is unenforceable as against public policy to the extent that it is ‘repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the State where enforcement is sought (...) Nevertheless, courts will not extend the comity to foreign proceedings when doing so would be contrary to the policies or prejudicial to the interests of the United States*”¹⁷⁵⁸.

e) *Thai-Lao Lignite* (2017)¹⁷⁵⁹

O litígio opõe o Estado de Laos à sociedade de Direito tailandês, Thai-Lao Lignite e à filial comum, Hongsa Lignite Lao, em torno de um contrato denominado “Project Development Agreement” celebrado em 1994. O referido Contrato previa uma cláusula compromissória, devendo o processo arbitral decorrer em Kuala Lumpur (Malásia).

Em 4 de Novembro de 2009, o tribunal arbitral proferiu uma sentença condenando Laos a pagar às sociedades Thai-Lao Lignite e Hongsa Lignite Lao, uma indemnização de cerca de 60 milhões de Dólares Americanos. O Tribunal federal do Distrito Sul de Nova Iorque reconheceu a sentença por decisão datada de 3 de Agosto de 2011. A referida sentença foi confirmada pelo Tribunal de Apelação.

Em 27 de Dezembro de 2012, um Tribunal da Malásia procedeu à anulação da sentença arbitral por incompetência dos árbitros para conhecer do contrato de concessão mineira de 1992 e dos pedidos formulados pela filial, não signatária do contrato de 1994. A decisão de anulação foi confirmada pelo Tribunal de Apelação da Malásia em 24 de Janeiro de 2014. A pedido de Laos, o Tribunal federal do Distrito Sul de Nova Iorque, por decisão de 6 de Fevereiro de 2014, anulou o reconhecimento da sentença arbitral nos Estados Unidos, invocando as considerações de cortesia internacional e da não violação de princípios fundamentais de justiça. Segundo o Tribunal: “*The Court will not disregard comity considerations and refuse to recognize*

¹⁷⁵⁸ 832 F. 3d 92 (2d Cir. 2016), p. 106.

¹⁷⁵⁹ Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd et al. v. Government of the Lao People’s Democratic Republic, 20 de Julho de 2017, 864 F. 3d 172 (2d Cir. 2017); veja-se: EMMANUEL GAILLARD, “La vision américaine des sentences annulées au siège (Observations sur les arrêts Pemex et Thai-Lao Lignite de la Cour d’appel fédérale du 2^e Circuit des 2 août 2016 et 20 juillet 2017)”, cit., pp. 1151-1153.

the Malaysian courts' judgments unless Petitionners can demonstrate that the process before the Malaysian courts 'violated basic notions of justice'"¹⁷⁶⁰.

Por decisão de 20 de Julho de 2017, o Tribunal de Apelação do 2.º Circuito confirmou a decisão do Tribunal de Distrito, referindo-se ainda à cortesia internacional. Lê-se que *"The prudential concerns for international comity and the high standard for overcoming the presumptive effect of a primary jurisdiction's annulment, as articulated in Pemex, fit comfortably within the scope of this solicitude"*¹⁷⁶¹.

f) Conclusão intercalar

A jurisprudência americana, no que respeita à questão do reconhecimento de sentenças anuladas, é menos expansiva do que a francesa. Ela fundamenta o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede no texto do artigo V da CNI, mais precisamente no uso da palavra *"may"* que determina uma faculdade e não uma obrigação de não reconhecimento. A jurisprudência francesa baseia-se no artigo VII da CNI¹⁷⁶².

O juiz americano, para reconhecer uma sentença arbitral anulada no país da sede, tem a sua atenção focada nas decisões eventualmente proferidas pelas jurisdições estrangeiras, incluindo as da sede, em relação à sentença arbitral¹⁷⁶³. O juiz francês tem o seu foco na própria sentença arbitral, independentemente das decisões que recaíram sobre ela noutros Estados¹⁷⁶⁴. A sentença arbitral é apreciada à luz do artigo 1520 do Código de Processo Civil francês, nos termos do qual o recurso (acção) de anulação só é admitido por incompetência do tribunal, a sua constituição irregular, a não conformidade com a sua missão, a violação do princípio do contraditório e a

¹⁷⁶⁰ Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd et al. v. Government of the Lao People's Democratic Republic, 997 F. Supp. 2d 214, p. 223.

¹⁷⁶¹ 864 F. 3d 172 (2d Cir. 2017), p. 186.

¹⁷⁶² EMMANUEL GAILLARD, "La vision américaine des sentences annulées au siège (Observations sur les arrêts Pemex et Thai-Lao Lignite de la Cour d'appel fédérale du 2^e Circuit des 2 août 2016 et 20 juillet 2017)", cit., p. 1158.

¹⁷⁶³ EMMANUEL GAILLARD, "La vision américaine des sentences annulées au siège (Observations sur les arrêts Pemex et Thai-Lao Lignite de la Cour d'appel fédérale du 2^e Circuit des 2 août 2016 et 20 juillet 2017)", cit., pp. 1156-1157.

¹⁷⁶⁴ EMMANUEL GAILLARD, "La vision américaine des sentences annulées au siège (Observations sur les arrêts Pemex et Thai-Lao Lignite de la Cour d'appel fédérale du 2^e Circuit des 2 août 2016 et 20 juillet 2017)", cit., p. 1158.

contrariedade à ordem pública internacional da sentença a ser reconhecida ou executada.

Apesar de as jurisdições americanas atribuírem a importância à jurisdição da sede, elas reconhecerão as sentenças anuladas no país de origem quando: (i) as decisões anulatórias procederam a uma revisão do mérito da sentença arbitral, nomeadamente quando tais decisões ignoraram expressa ou tacitamente a renúncia aos recursos contra o mérito da sentença nos termos contratuais (*Chromalloy*)¹⁷⁶⁵; (ii) as decisões anulatórias se basearem em considerações internas em matéria de ordem pública ou de não arbitrabilidade (fundamentação em *TermoRio*)¹⁷⁶⁶; (iii) as decisões anulatórias que violam as regras básicas da moralidade e da justiça (*TermoRio*, *Pemex* e *Thai-Lao Lignite*)¹⁷⁶⁷.

4.2.4. Um afloramento da questão na jurisprudência dos tribunais belgas

Duas decisões do Tribunal de primeira instância de Bruxelas merecem destaque nesta sede. No primeiro caso, o reconhecimento e a consequente declaração executória de uma sentença arbitral anulada no país da sede são concedidos a uma sentença arbitral anulada no país da sede fora da aplicação da CNI. E, no segundo caso, o reconhecimento de uma sentença não obrigatória à luz da lei estadual do país da sede é feito com base no que foi acordado pelas partes na convenção de arbitragem quanto à definitividade e obrigatoriedade da sentença que viria a ser proferida pelos árbitros.

a) *Société algérienne* (1988, 1990)¹⁷⁶⁸

O Tribunal de primeira instância de Bruxelas decidiu, por uma sentença datada de 6 de Dezembro de 1988, conceder a declaração executória a uma sentença arbitral proferida em Argel, em 29 de Dezembro de 1985, embora tenha sido anulada pelo Tribunal de Apelação de Argel, por acórdão datado de 20 de Dezembro de 1986. Na

¹⁷⁶⁵ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. III, cit., p. 3635.

¹⁷⁶⁶ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. III, cit., p. 3635.

¹⁷⁶⁷ EMMANUEL GAILLARD, “La vision américaine des sentences annulées au siège (Observations sur les arrêts Pemex et Thai-Lao Lignite de la Cour d’appel fédérale du 2^e Circuit des 2 août 2016 et 20 juillet 2017)”, cit., pp. 1147-1165.

¹⁷⁶⁸ PHILIPPE FOULARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, in *Écrits*, cit., p. 444; in *Yearbook*, 1990, p. 370.

altura da prolação da sentença belga, a Argélia não havia ainda aderido à Convenção de Nova Iorque. O Tribunal aplicou as regras belgas do Código Judiciário relativas à *exequatur* das sentenças arbitrais estrangeiras, designadamente o artigo 1723.º, o qual não previa como motivo de recusa de *exequatur* o facto de a sentença arbitral ter sido anulada no seu país de origem.

A arbitragem estava sujeita ao regulamento da CCI e a sentença era definitiva de modo que as partes haviam renunciado aos recursos. Uma vez que a lei argelina permitia às partes renunciarem aos recursos, o Tribunal não admitiu a inexistência da sentença arbitral em virtude da sua anulação pelo Tribunal de Apelação de Argel. Assim, o Tribunal de primeira instância negou que “*la prétendue ‘inexistence’ de la sentence algérienne qui découlerait de la décision de [la Cour d’appel d’Alger] saisie d’un recours en appel et statuant au fond en ‘infirmant’ la sentence*”. O Tribunal de Apelação de Bruxelas confirmou a sentença por acórdão datado de 9 de Janeiro de 1990¹⁷⁶⁹.

b) *Compagnie interarabe de garantie des investissements* (1996,1997)

Uma sentença do Tribunal de primeira instância de Bruxelas, de 25 de Janeiro de 1996, e do Tribunal de Apelação de Bruxelas, de 24 de Janeiro de 1997, confirmaram uma decisão de *exequatur* de uma sentença arbitral proferida em Aman em 1994. A sociedade *interarabe* alegava que a sentença arbitral não se tinha tornado obrigatória na Jordânia. As jurisdições belgas entenderam que o carácter obrigatório da sentença tinha de ser apreciado não à luz das leis da Jordânia, mas pelo estabelecido na convenção das partes, uma vez que a Convenção de Nova Iorque no seu conjunto dava relevo primordial à vontade das partes no processo arbitral. A convenção das partes previa que a sentença seria definitiva e obrigatória¹⁷⁷⁰.

¹⁷⁶⁹ PHILIPPE FOUCHARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, cit., pp. 334-335.

¹⁷⁷⁰ PHILIPPE FOUCHARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, cit., pp. 335-336.

4.2.5. Admissibilidade da solução no Grão-Ducado do Luxemburgo

a) *Sovereign Participations International SA c/ Chadmore Developments Ltd* (1999)

O Tribunal de Apelação do Luxemburgo admitiu, num acórdão datado de 28 de Janeiro de 1999, a possibilidade de reconhecimento e execução de sentença anulada no país da sede. No referido acórdão, o Tribunal reconhece que o princípio do *favor arbitrandum* impregna a Convenção de Nova Iorque, favorecendo a execução da sentença arbitral, e que o seu artigo VII pode dar lugar ao reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede.

O Tribunal afirma que “*Le principe de la ‘favor arbitrandum’ qui domine la Convention [de Nova Iorque] a donc amené ses auteurs à favoriser autant que possible l’exécution d’une sentence. La dite disposition inscrite à l’article VII constitue une disposition ‘du droit le plus favorable’ destinée à rendre possible l’exécution des sentences étrangères dans le plus grand nombre de cas possible à tel point que les possibilités de refus inscrits à l’article V.1 de la Convention ne constituent que des hypothèses minimales de reconnaissance de sentences laissant à chaque État le soin d’apprécier s’il y a lieu d’être plus libéral (voir Clunet, Journal de Droit International, 1998, p. 645 ss., n^o 27).*

L’article VII peut ainsi conduire à des situations susceptibles de paraître inattendues, voire absurdes selon la partie appelante, en ce que la possible annulation en Suisse de la sentence litigieuse n’empêche pas qu’elle puisse être exéquatée au Luxembourg en vertu de l’article 1028-2 du code de procédure civile qui ne retient pas au nombre des cas de refus de reconnaissance et d’exécution d’une sentence étrangère, son annulation dans son pays d’origine tel qu’inscrit à l’article V.1. e de la Convention (voir Cass. française 9 oct. 1984 Dalloz 1985 p. 191, note Robert; Cass. française 23 mars 1994, Revue critique droit int. Prive 1994 p. 356, note Oppéit; Trib. civ. Bruxelles, 25 janvier 1996, J.T. 1997 p. 6 et p. 305 et ss. “L’exécution en Belgique des sentences arbitrales belges et étrangères” par Hanotiau et Duquesne)”.

Étant donné donc qu'aux termes de la Convention, le juge luxembourgeois ne peut refuser l'exéquatur que pour une des causes prévues par son droit national et que l'article 1028-2 (règlement grand-ducal du 8 décembre 1981) du code de procédure civile ne retient pas, parmi ces causes, le cas où la sentence est l'objet d'un recours à l'étranger, il n'apparaît pas dans ces conditions approprié de surseoir à statuer” ¹⁷⁷¹.

4.2.6. A doutrina internacional face à questão do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas no país de origem

Uma das questões que se coloca nesta sede é a de saber se a sentença arbitral internacional “integra-se” ou não na ordem jurídica da sede da arbitragem ou da lei que rege a arbitragem¹⁷⁷². Importa, antes de tentarmos dar a nossa opinião crítica, posicionar as diversas concepções relativas às representações da arbitragem internacional.

1º As representações da arbitragem internacional

a) A tese monolocalizadora

Uma primeira corrente doutrinária, partindo do reconhecimento do carácter jurisdicional da arbitragem admite a tese da integração da sentença arbitral na ordem jurídica da sede da arbitragem. Os fundamentos desta corrente são de natureza jurídica e filosófica¹⁷⁷³.

Do ponto de vista jurídico, duas justificações são apresentadas. A primeira justificação, traduzindo uma abordagem objectivista, foi defendida por F. A. MANN¹⁷⁷⁴ e consistiu, conforme referimos *supra*, num ataque à visão autonomista do Professor

¹⁷⁷¹ Disponível em: www.newyorkconvention1958.org.

¹⁷⁷² CHRYSOULA PANOU, *Le consentement à l'arbitrage – Étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, IRJS Editions, 2011, pp. 31 e ss.; CÉSAR PEREIRA; LUÍSA QUINTÃO, “Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros anulados: una perspectiva”, in *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español del Arbitraje*, Wolters Kluwer España, 2016, Issue 27, p. 62.

¹⁷⁷³ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., pp. 34 e ss..

¹⁷⁷⁴ F.A. MANN, “Lex Facit Arbitrum”, *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1967, p. 157; *Arbitration International*, 1986, p. 241; JAN PAULSSON, *The idea of arbitration*, Oxford, 2013, p. 33.

GOLDMAN. MANN¹⁷⁷⁵ procede a uma equiparação entre o árbitro e o juiz do Estado da sede da arbitragem.

A conclusão a que se chega é a de que uma sentença arbitral é sempre nacional. No dizer do Professor EMMANUEL GAILLARD¹⁷⁷⁶, “*Une sentence est ‘moins internationale’ que ‘colombienne’ ou ‘anglaise’, du seul fait que l’arbitrage s’est déroulé en Colombie ou en Angleterre, et la source de sa juridicité est trouvée exclusivement dans le droit de l’Etat dans lequel l’arbitrage a eu lieu*”.

Aliás MANN¹⁷⁷⁷ nega qualquer legitimidade à expressão “arbitragem internacional”. Segundo ele: “[The] phrase is a misnomer. In the legal sense no international commercial arbitration exists. Just as, notwithstanding its notoriously misleading name, every system of private international law is a system of national law, every arbitration is a national arbitration, that is to say, subject to a specific system of national law”.

Uma segunda justificação que transporta uma visão subjectivista consiste na afirmação segundo a qual a fixação da sede da arbitragem pelas partes num determinado Estado pressupõe que as partes ou os árbitros entenderam sujeitar a arbitragem ao exclusivo domínio da ordem jurídica do referido Estado. Assim, a vocação dos tribunais da sede de intervir no processo arbitral legitimaria a tese da integração da sentença arbitral na ordem jurídica da sede¹⁷⁷⁸. Esta visão subjectivista tem como figura de proa o Professor ROY GOODE¹⁷⁷⁹ para quem “*Where the parties have, expressly or by implication, selected a curial law, then to deny legal effect to that selection is not only to undermine the very principle of party autonomy on which the theory of the stateless award is based, but to frustrate their legitimate expectations*”.

¹⁷⁷⁵ “No one has ever or anywhere been able to point to any provision or legal principle which would permit individuals to act outside the confines of a system of municipal law; even the idea of the autonomy of the parties exists only by virtue of a given system of municipal law and in different systems may have different characteristics and effects. No private person has the right or the power to act on any level other than that of municipal law. Every right or power a private person enjoys is inexorably conferred by or derived from a system of municipal law which may conveniently and in accordance with tradition be called the *lex fori*, though it would be more exact (but also less familiar) to speak of the *lex arbitri* or, in French, *la loi d’arbitrage*”. (F.A. MANN, “*Lex Facit Arbitrum*”, cit., p. 157); *Arbitration International*, 1986, p. 241; JAN PAULSSON, *The idea of arbitration*, Oxford, 2013, p. 33.

¹⁷⁷⁶ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l’arbitrage international*, cit., p. 35.

¹⁷⁷⁷ F.A. MANN, “*Lex Facit Arbitrum*”, cit., p. 159; *Arbitration International*, 1986, p. 241.

¹⁷⁷⁸ CHRYSOULA PANOU, *Le consentement à l’arbitrage ...*, cit., pp. 31 e ss..

¹⁷⁷⁹ ROY GOODE, “The role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration”, *Arbitration International*, vol. 17, Kluwer Law International, 2001, p. 19.

Esta visão é contestada na medida em que a única certeza que se pode ter da escolha da sede da arbitragem pelas partes é a de que as partes decidiram recorrer à arbitragem, sendo arriscado concluir, de modo inequívoco, que as mesmas anuíram em que, de modo incondicional, se aplicasse à arbitragem apenas as concepções da ordem jurídica da sede da arbitragem¹⁷⁸⁰.

Do ponto de vista filosófico, a concepção monolocalizadora encontra a sua âncora no positivismo legalista e na procura da ordem através do controlo mais completo e efectivo do Estado da sede da arbitragem¹⁷⁸¹.

b) A concepção multilocalizadora (ou *westfaliana*¹⁷⁸²) da arbitragem

A tese multilocalizadora da arbitragem sugere que a mesma não está necessariamente sujeita à ordem jurídica do Estado da sede e apoia-se na ideia segundo a qual o fundamento jurídico da arbitragem pode radicar “no conjunto das ordens jurídicas em que se pretenda que a decisão arbitral produza efeitos jurídicos”¹⁷⁸³.

No plano puramente filosófico, a tese multilocalizadora encontraria o seu fundamento, entre outros, no positivismo estadual. Nesta concepção, a convenção de arbitragem, as operações de arbitragem e a sentença arbitral não se baseiam apenas na vontade das partes¹⁷⁸⁴. A sentença não é “flottante” (*floating in the transnational firmament, unconnected with any municipal system of law*), como refere o Professor GAILLARD¹⁷⁸⁵.

¹⁷⁸⁰ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 41.

¹⁷⁸¹ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 43.

¹⁷⁸² EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 166.

¹⁷⁸³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional ...*, cit., p. 456; veja-se também: EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 46; CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 473, N. 569; EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 47: “Dans cette optique, multilocalisatrice tandis que la précédente était monolocalisatrice, le droit du siège de l'arbitrage, sans être éliminé complètement, n'est plus qu'un droit parmi d'autres. Il ne s'agit plus de la source exclusive du pouvoir de juger des arbitres. Tous les droits susceptibles d'entrer en contact avec l'arbitrage ont vocation égale à se prononcer sur la validité de la sentence, ceux des lieux éventuels d'exécution ayant un titre au moins aussi fort à le faire que celui du lieu du déroulement des opérations d'arbitrage”. E conclui: “C'est dans cette conception que l'on observe volontiers que ‘les arbitres n'ont pas de for’ ou que leur for est le monde, non un Etat déterminé, fût-il celui du siège. La sentence n'est plus comprise comme spécifiquement ‘colombienne’ ou ‘anglaise’. Son caractère ‘international’ l'emporte sur un rattachement exclusif au siège porté par l'image anthropomorphiste qui consiste à attribuer une nationalité à la sentence”.

¹⁷⁸⁴ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 48.

¹⁷⁸⁵ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 48.

A tese multilocalizadora não deve conduzir, segundo o mesmo autor¹⁷⁸⁶, a que os árbitros devam conformar-se rigorosamente com as exigências cumuladas do conjunto de Direitos susceptíveis de se aplicarem à sentença exequenda, ou seja de todas as leis que se possam relacionar com determinado procedimento arbitral. Segundo o Professor GAILLARD¹⁷⁸⁷, a lei da sede da arbitragem não é a única fonte de validade da sentença. A lei do lugar da execução deve ser tida em conta para determinar se sim ou não a sentença deve ser reconhecida e executada. Não põe em causa o seu interesse, mas as suas consequências. Tal situação seria *in defavorem arbitrandum*¹⁷⁸⁸, na medida em que suporia a obrigação de dar primazia à norma legal menos favorável. Essa possível consequência levou o referido autor a preferir a tese seguinte: a da existência de uma ordem jurídica arbitral.

O Professor PAULSSON¹⁷⁸⁹ discorda com a posição do Professor GAILLARD. Segundo refere, os árbitros não examinam a validade da convenção de arbitragem ao abrigo de todas as leis susceptíveis de aplicação em sede de reconhecimento da sentença. Seria uma tarefa impossível, a não ser que os árbitros tenham a capacidade de conhecer antecipadamente todos os lugares possíveis de execução da sentença arbitral¹⁷⁹⁰.

Retomando as palavras do referido autor¹⁷⁹¹: “*Gaillard logic might have found itself on solid ground if the pluralistic model actually worked in this fashion. Fortunately, it does not. Arbitrators do not examine the validity of the arbitration clause, or of their appointment, under the laws of every country that might conceivably be approached as an enforcement forum. Nor do they have a duty to do so. Indeed that task would be impossible, unless they could read the parties’ minds, predict future tracing of assets, and discover a crystal ball that reveals where the res judicata embodied in an award might variously be brought to bear by any number of affected parties. Moreover, if Gaillard’s vision were correct, any tribunal including a woman, or an atheist, should declare itself lacking authority because somewhere a possible*

¹⁷⁸⁶ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l’arbitrage international*, cit., p. 48.

¹⁷⁸⁷ EMMANUEL GAILLARD, “L’exécution des sentences annulées dans leur pays d’origine”, cit., p. 645.

¹⁷⁸⁸ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l’arbitrage international*, cit., p. 60.

¹⁷⁸⁹ JAN PAULSSON, *The idea of arbitration*, cit., p. 40.

¹⁷⁹⁰ JAN PAULSSON, *The idea of arbitration*, cit., p. 40.

¹⁷⁹¹ JAN PAULSSON, *The idea of arbitration*, cit., p. 40.

execution forum might require that arbitrators be male, or that they profess a certain faith”.

c) A tese da ordem jurídica transnacional ou arbitral

Uma ordem jurídica é uma ordem constituída por regras jurídicas¹⁷⁹². Trata-se, de acordo com o Professor MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA¹⁷⁹³, de uma ordem normativa e intersubjectiva cuja violação determina a aplicação de sanções que podem ser impostas pela força. A palavra “transnacional” significa literalmente “para além das Nações” (“*beyond nations*”) e diverge da palavra “internacional” que significa literalmente “entre as Nações” (“*among*” ou “*between*” *nations*)¹⁷⁹⁴. A tese da ordem jurídica transnacional já não considera cada Estado de forma isolada, mas preocupa-se com as tendências susceptíveis de resultar da actividade normativa da comunidade dos Estados¹⁷⁹⁵. Trata-se de uma passagem do plural para o colectivo¹⁷⁹⁶.

¹⁷⁹² MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 49.

¹⁷⁹³ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 49.

¹⁷⁹⁴ FERNANDO MANTILLA-SERRANO, “Towards a transnational procedural public policy”, in *Arbitration International*, Vol. 20, N.º 4, Kluwer Law International, 2004, pp. 335-336.

¹⁷⁹⁵ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 63.

¹⁷⁹⁶ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 63; A ordem jurídica arbitral ou transnacional é também interpretada, por alguns autores, como um método de determinação de regras aplicáveis e não apenas um corpo de regras pré-definidas. Esta posição é defendida por JEAN ROBERT e EMMANUEL GAILLARD. Segundo este último autor, a ordem jurídica transnacional visa a resolução de um problema legal, recorrendo não a uma determinada ordem estadual com base nas normas de conflitos de leis, mas por meio de uma análise directa de Direito comparado, sustentada por convenções, tratados, jurisprudência internacional, doutrina, etc. (DANIEL LEVY, *Les abus de l'arbitrage commercial international*, cit., p. 61; JEAN ROBERT, *Le phénomène transnational*, Paris, LGDJ/AFA, 1992, p. 5; EMMANUEL GAILLARD, “Transnational law: a legal system or a method of decision making?”, *Arbitration International*, 2001, v. 17, n.º 1, p. 61; EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 63). “The other approach to defining the contents of transnational law is to view transnational law as a method of decision-making, rather than as a list. This approach consists, in any given case, of deriving the substantive solution to the legal issue at hand not from a particular law selected by a traditional choice-of-law process, but from a comparative law analysis which will enable the arbitrators to apply the rule which is the most widely accepted, as opposed to a rule which may be peculiar to a legal system or less widely recognized. This comparative law analysis is greatly assisted today not only by the extremely comprehensive compilations of principles previously discussed, but also by the existence of a number of international treaties which, whether in force or not, reflect a broad consensus, by the increasingly large number of published awards providing as large a number of precedents to international arbitrators and by availability of extensive comparative law resources such as monographs on a large number of specific issues” (EMMANUEL GAILLARD, “Transnational law: a legal system or a method of decision making?”, cit., p. 61).

i) A concepção normativista da ordem jurídica de HANS KELSEN

KELSEN procurou depurar a ciência do Direito de todos os elementos históricos, sociológicos, políticos, jusnaturalistas, metafísicos, *etc.*¹⁷⁹⁷ que pertencem a outras ordens de conhecimento, procedendo à separação da realidade social e histórica (o mundo do ser, *sein*) das normas (o mundo do dever-ser, *sollen*)¹⁷⁹⁸. A norma fundamental (*Grundnorm*) é o fundamento de validade de uma ordem normativa. O referido autor considera que o fundamento de validade da norma pertencente a uma determinada ordem não é o facto de o seu conteúdo poder ser deduzido pela via de um raciocínio lógico de uma norma fundamental, mas na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental, ou seja, “por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta”¹⁷⁹⁹. Por conseguinte, a validade da norma é a legalidade do acto de sua criação¹⁸⁰⁰.

Para KELSEN¹⁸⁰¹, a ordem jurídica é uma ordem de coerção da conduta humana. Trata-se de um conjunto de normas que prescrevem aos órgãos dessa ordem a aplicação de sanções. Uma vez que a coerção provém do Estado, a ordem jurídica é o próprio Estado. Esta concepção serviu para fundamentar a concepção monolocalizadora da arbitragem, sendo a lei da arbitragem a *Grundnorm*, uma vez que a vontade das partes não pode servir de base à sua própria eficácia sem a intermediação do Direito¹⁸⁰². Ainda assim, o Professor FOUCHARD¹⁸⁰³ demonstrou a possibilidade de conferir à arbitragem o estatuto de ordem jurídica autónoma com base na concepção normativa de KELSEN. Segundo o referido autor, existe um conjunto de sanções privadas (sanções corporativas

¹⁷⁹⁷ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 93; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *O sistema científico e a Teoria de Kelsen*, cit., pp. 11-45.

¹⁷⁹⁸ HENRI BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, cit., pp. 51 e ss; JOSÉ LAMEGO, “A argumentação transcendental em Kelsen”, cit., pp. 343-355.

¹⁷⁹⁹ HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, Tradução de Dr. João Baptista Machado, Arménio Amado – Editor, Sucessor – Coimbra, 1979, pp. 271-273.

¹⁸⁰⁰ CARLOS ALCHOURRÓN; EUGENIO BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, cit., p. 41.

¹⁸⁰¹ HANS KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. de la 2e éd. par Ch. Eisenman, Bruylant-LGDJ, 1999, n.º 41 e ss..

¹⁸⁰² LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., pp. 701-702.

¹⁸⁰³ Veja-se: LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., pp. 701-702.

ou a pressão do meio profissional) para obrigar as partes a executar a sentença arbitral¹⁸⁰⁴.

ii) A concepção corporativa da ordem jurídica de SANTI ROMANO

SANTI ROMANO¹⁸⁰⁵ defendeu que qualquer corpo social é portador de Direito. Segundo este autor, a existência de uma ordem jurídica independe da sua licitude em relação à ordem estadual¹⁸⁰⁶. A sua juridicidade provém do seu carácter institucional¹⁸⁰⁷. Reconheceu-se a existência de ordens jurídicas particulares – ainda que o Estado regule as respectivas entidades – como as ligadas à economia ou à religião¹⁸⁰⁸. A ordem jurídica internacional, o Estado, a Igreja, a empresa, a família, a escola, as associações constituem, segundo o referido autor¹⁸⁰⁹, diferentes ordens jurídicas¹⁸¹⁰. Por conseguinte, existirá uma ordem jurídica arbitral, baseada na *lex mercatoria*.

¹⁸⁰⁴ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., pp. 701-702.

¹⁸⁰⁵ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1945, pp. 92 e ss.; SANTI ROMANO, *L'ordre juridique*, Trad. de Lucien François e Pierre Gothot, Dalloz, Paris, 1975, p. 82 e passim; THOMAS CLAY, *L'arbitre*, cit., pp. 211 e ss..

¹⁸⁰⁶ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 100-101; SANTI ROMANO, *L'ordre juridique*, cit., pp. 89-90: “Ces conceptions valent dans les rapports du droit de l'Etat avec le droit international, même d'après l'opinion désormais dominante; dans ses rapports avec le droit de l'Eglise, elles ne valent pas moins, tout en étant généralement méconnues. Leur pertinence apparaîtra d'autant mieux que, selon nous, elles peuvent trouver application jusque dans les rapports entre l'Etat et les institutions que celui-ci considère tout simplement comme illicites. Cette illicéité n'a pas de sens et ne peut en avoir qu'aux yeux de l'ordre étatique, lequel pourra persécuter lesdites institutions par tous les moyens dont il dispose, donc aussi en décréter la suppression, avec toutes les suites, même pénales, qui sont en son pouvoir. Mais aussi longtemps qu'elles sont en vie, c'est-à-dire qu'elles sont constituées, elles disposent d'une organisation interne et représentent un ordre qui, considéré en soi et pour soi, ne peut qu'être qualifié de juridique. L'efficacité de cet ordre sera ce qu'elle sera, selon sa constitution, ses fins, ses moyens, ses normes et les sanctions dont il pourra user; dans le fait, elle sera faible si l'Etat est fort, comme elle pourra parfois être puissante au point d'ébranler l'existence même de l'Etat; mais tout cela ne fait rien au caractère juridique de l'ordre”.

¹⁸⁰⁷ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 101; SANTI ROMANO, *L'ordre juridique*, cit., p. 90.

¹⁸⁰⁸ THOMAS CLAY, *L'arbitre*, cit., pp. 211 e ss.; DANIEL LEVY, *Les abus de l'arbitrage commercial international*, L'Harmattan, 2013, p. 51.

¹⁸⁰⁹ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 101; SANTI ROMANO, *L'ordre juridique*, cit., p. 90.

¹⁸¹⁰ Sobre a ordem jurídica societária, veja-se: DANIEL COHEN, *Arbitrage et société*, cit., p. 25.

iii) Posicionamentos doutrinários

α) Admissibilidade de uma ordem jurídica arbitral

aa) A ordem jurídica arbitral baseada na *lex mercatoria*¹⁸¹¹

Segundo esta primeira corrente tradicional, existiria também uma ordem jurídica arbitral que se confunde com a *lex mercatoria*. Ela é uma ordem jurídica autónoma relativamente aos Direitos estaduais e alternativa a estes, formada por regras de fonte consuetudinária¹⁸¹². A *societas mercatorum* teria as suas próprias regras que constituem a ordem jurídica mercantil. A ordem jurídica arbitral caracterizar-se-ia, por um lado, pela sua autonomia, não estando ligada a uma ordem jurídica interna nem internacional, mas unicamente à vontade das partes; e, por outro, pela sua transnacionalidade. As regras que lhe dão origem não se reconduzem às regras de uma determinada ordem interna ou internacional. A ordem jurídica arbitral desconhece qualquer referência geográfica¹⁸¹³. Esta corrente tem por principal impulsionador BERTHOLD GOLDMAN¹⁸¹⁴. Admite-se, no entanto, que a *lex mercatoria* não constitui uma “ordem jurídica completa”, ou seja, uma ordem que regule todos os aspectos das relações do comércio internacional¹⁸¹⁵.

¹⁸¹¹ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, cit., p. 180 e *passim*; DÁRIO MOURA VICENTE, “Método jurídico e Direito Internacional Privado”, in *Ars Iudicandi – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008, pp. 1293-1294.

¹⁸¹² DÁRIO MOURA VICENTE, “Método jurídico e Direito Internacional Privado”, cit., p. 1293.

¹⁸¹³ DÁRIO MOURA VICENTE, “Método jurídico e Direito Internacional Privado”, cit., p. 1293. Segundo os defensores da tese maximalista, “a *lex mercatoria* é uma ordem jurídica autónoma relativamente aos Direitos estaduais e alternativa a estes”. Distinguem-se duas correntes dentro desta concepção. Há uma primeira corrente doutrinária que defende que tal ordem jurídica é essencialmente formada por regras de fonte consuetudinária. E, uma segunda corrente considera que a referida ordem jurídica integra todas as regras materiais que disciplinam o comércio internacional, independentemente da sua fonte, isto é, os tratados e convenções relativos ao comércio internacional. Uma concepção minimalista atribui à *lex mercatoria* uma função essencialmente complementar dos Direitos nacionais e a mesma tem por “fonte precípua os usos do comércio internacional, que as partes podem incorporar, por remissão, nos contratos entre si celebrados e os árbitros podem aplicar como meios de integração e de interpretação destes” (DÁRIO MOURA VICENTE, “Método jurídico e Direito Internacional Privado”, cit., pp. 1293-1294).

¹⁸¹⁴ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “O Direito autónomo do comércio internacional em transição: a adolescência de uma nova *lex mercatoria*”, in *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2006, p. 396; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “O Direito autónomo do comércio internacional em transição: a adolescência de uma nova *lex mercatoria*”, cit., pp. 847-886.

¹⁸¹⁵ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “O Direito autónomo do comércio internacional em transição: a adolescência de uma nova *lex mercatoria*”, cit., p. 398.

bb) A ordem jurídica arbitral com fundamento na autonomia das partes

Num primeiro momento, alguns autores desenvolveram esta concepção. Pode-se referir VON MEHREN, MAYER e LUZZATTO¹⁸¹⁶. Nesta concepção, o fundamento jurídico da arbitragem radica exclusivamente na autonomia das partes. Assim, a força vinculativa da decisão arbitral pode ser inferida da própria estipulação contratual da arbitragem, sem a mediação de um sistema jurídico nacional ou ordem jurídica estadual¹⁸¹⁷.

Segundo o Professor LIMA PINHEIRO¹⁸¹⁸, a arbitragem transnacional não se fundamenta exclusivamente na autonomia das partes. No seu dizer, “a autonomia privada só poderia directamente produzir efeitos jurídicos, sem a mediação de Direito objectivo, se os particulares fossem titulares de um poder jurígeno ‘originário’ ou ‘constituente’, no sentido de uma fonte de criação de Direito que não seja, ela própria, regulada pelo Direito”¹⁸¹⁹.

cc) A ordem jurídica arbitral com fundamento no conjunto das ordens jurídicas estaduais em que a decisão arbitral possa surtir efeitos

Segundo esta concepção, o fundamento da juridicidade da ordem jurídica radica no conjunto das ordens jurídicas em que se pretenda que a decisão arbitral produza efeitos jurídicos. Para o Professor LIMA PINHEIRO¹⁸²⁰, “no momento da constituição do tribunal arbitral e durante o processo de arbitragem pode não ser previsível em que ordens jurídicas estaduais é que a decisão será susceptível de produzir efeitos”.

dd) A ordem jurídica arbitral com fundamento no Direito Transnacional autónomo e nas ordens estaduais (que apresentam uma ligação significativa com a arbitragem)

¹⁸¹⁶ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., pp. 450 e ss..

¹⁸¹⁷ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 457.

¹⁸¹⁸ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 457.

¹⁸¹⁹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 454.

¹⁸²⁰ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 459.

I. O Professor LIMA PINHEIRO¹⁸²¹ admite a tese que fundamenta a arbitragem transnacional em Direito Transnacional autónomo e nas ordens jurídicas estaduais¹⁸²². Conforme refere¹⁸²³, a validade e a eficácia obrigacional da convenção de arbitragem fundamentam-se, em primeira linha, no princípio transnacional da resolução autónoma de controvérsias. A eficácia obrigacional da sentença decorre do mesmo princípio¹⁸²⁴. Contudo, observa que a eficácia jurisdicional da convenção de arbitragem e das decisões dos árbitros resulta também da posição dos Estados que apresentam uma ligação significativa com a arbitragem¹⁸²⁵. A competência jurisdicional dos árbitros depende das ordens jurídicas estaduais, bem como a efectivação de decisões processuais por meios coercivos, o efeito de caso julgado perante os tribunais estaduais e a execução forçada das sentenças¹⁸²⁶. Como fontes do Direito Transnacional da Arbitragem são referidos: as cláusulas gerais da arbitragem, os “usos profissionais codificados”, os regulamentos institucionais da arbitragem e as decisões contenciosas dos árbitros e das autoridades corporativas¹⁸²⁷.

¹⁸²¹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 460. “É o que (se) verificou com a decisão proferida no caso CCI n.º 10623 (2001), em que se suscitou a questão da vinculação do tribunal arbitral por uma injunção emanada do tribunal supremo do Estado da sede da arbitragem que ordenava a suspensão do processo arbitral. A decisão entendeu que o tribunal deve tomar em conta as directrizes emanadas dos tribunais do Estado da sede da arbitragem, mas não está vinculado a acatá-las, tendo uma margem de apreciação destas directrizes. Ao fundamentar esta posição, o tribunal arbitral afirma que ‘a fonte primária’ da competência do tribunal é a convenção de arbitragem, mas precisa que esta convenção não tem uma eficácia jurídica originária, independente de Direito objectivo. A decisão entende que a validade e eficácia não depende exclusivamente da ordem jurídica do Estado da sede, mas de um ‘âmbito de fontes e normas internacionais que se estende para além da própria sede’. Dentro desta ordem de ideias a decisão invoca o reconhecimento da convenção de arbitragem pela Convenção de Nova Iorque como expressão de um princípio geralmente reconhecido, aceite pela ordem jurídica de muitos países e entre eles, a do Estado da sede. Nesta base, a decisão inclui que o dever de executar a convenção de arbitragem não se funda exclusivamente na ordem jurídica do Estado da sede” (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., pp. 458-459).

¹⁸²² Em matéria de contratos comerciais internacionais, o Professor Luís de Lima Pinheiro refere que “O Direito autónomo do comércio internacional (ou *lex mercatoria*) também não oferece ainda uma regulação sistemática dos contratos comerciais internacionais. Em matéria de venda internacional de mercadorias, designadamente, são apenas assinalados usos de âmbito sectorial e um número limitado de regras de costume jurisprudencial arbitral. Além disso, este Direito Transnacional só é aplicável independentemente da mediação de uma ordem jurídica estadual quando as partes estipulam uma convenção de arbitragem” (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Incoterms – Introdução e Traços fundamentais”, in *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2006, p. 315).

¹⁸²³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 465.

¹⁸²⁴ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 465.

¹⁸²⁵ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 465.

¹⁸²⁶ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 465.

¹⁸²⁷ De acordo com o Professor Luís de Lima Pinheiro, as regras transnacionais da arbitragem surgem da aceitação pela maioria das Nações de determinados princípios. Tal aceitação é evidenciada por convenções internacionais e/ou pela harmonização das suas legislações sobre arbitragem. Em matéria de validade da convenção de arbitragem, referem-se ao princípio da cláusula compromissória e ao princípio da arbitrabilidade dos litígios em matéria de contratos do comércio internacional, salvo os casos

II. O Professor EMMANUEL GAILLARD¹⁸²⁸ reconhece que a ordem jurídica deve ter um sistema coerente de fontes e ser autónoma. Sem a coerência de um sistema com fontes próprias e sem a autonomia em relação a cada Estado, não se pode falar de ordem jurídica arbitral. A ordem jurídica deve ainda ter vocação para responder ao conjunto de questões susceptíveis de serem colocadas aos seus sujeitos¹⁸²⁹.

No entanto, a tese que admite a existência de uma ordem jurídica arbitral considera-a uma emanção dos Estados, tal como se verifica com a ordem jurídica internacional, a qual procede da vontade dos Estados, sem deixar de ser uma ordem jurídica autónoma¹⁸³⁰. A aceitação do fenómeno arbitral pelas ordens jurídicas estaduais, no âmbito das relações comerciais internacionais, legitima a existência da ordem jurídica arbitral. O reconhecimento pelas ordens jurídicas estaduais do poder jurisdicional dos árbitros e do resultado do procedimento arbitral, sem controlar o seu mérito, demonstra que a comunidade dos Estados conferiu uma real autonomia à arbitragem internacional¹⁸³¹. O facto de os Estados terem o monopólio da execução forçada nada retira a esta autonomia¹⁸³².

Por outro lado, a jurisprudência estadual admite a ideia da existência de uma ordem jurídica arbitral quando, por exemplo, se refere à ordem pública

de inarbitrabilidade por força da ordem pública transnacional. Em matéria de processo arbitral, integram-se no Direito Transnacional os princípios do contraditório, da igualdade das partes e o poder de conformação do processo arbitral pelas partes. Em matéria de determinação do Direito aplicável ao mérito da causa, vigora no Direito Transnacional da Arbitragem o princípio da autonomia das partes. Existe uma ordem pública transnacional que “constitui um limite à aplicação do Direito competente para reger quer a convenção de arbitragem quer o fundo da causa”. A ordem pública transnacional abrange o *ius cogens* internacional, as regras e princípios fundamentais comuns aos sistemas em presença e as regras e princípios fundamentais autónomos. São regras e princípios autónomos: o respeito da “moral dos negócios”, o princípio da boa fé, o princípio da proibição de discriminação racial ou da escravatura, o respeito pelos direitos do homem, a protecção do património cultural, a protecção do ambiente, a invalidade de contratos que envolvam corrupção, tráfico de drogas ou de armas, os princípios do contraditório e da igualdade das partes (Veja-se: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional ...*, cit., pp. 442 e 466 e ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “The confluence of transnational rules and national directives as the legal framework of transnational arbitration”, in *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2006, pp. 352 e ss.).

¹⁸²⁸ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 66; veja-se também: EMMANUEL GAILLARD, “Dialogue des ordres juridiques: ordre juridique arbitral et ordres juridiques étatiques”, in *Revue de l'arbitrage*, N.º 3, 2018, pp. 493-512; ERGÜN KOCA, *Possibility of an autonomous international commercial arbitration*, University of Lapland, 2017, p. 28.

¹⁸²⁹ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 66.

¹⁸³⁰ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 91.

¹⁸³¹ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 92.

¹⁸³² EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 92.

internacional¹⁸³³. O Tribunal de Apelação de Paris, num acórdão de 25 de Maio de 1990 (*Fougerolle c. Procofrance*)¹⁸³⁴, referiu-se a uma ordem pública “verdadeiramente internacional e de aplicação universal” e o Tribunal Federal suíço, num acórdão de 19 de Abril de 1994 (*Westland Helicopters Ltd.*)¹⁸³⁵ limitou o controlo das sentenças na Suíça à “ordem pública transnacional ou universal”. Por fim, o referido autor invoca a jurisprudência dos Tribunais franceses nos casos *Hilmarton*, *Chromalloy*, *Putrabali*, *Bargues Agro Industries*, *Lesbats*, etc., segundo a qual a sentença arbitral internacional não se “integra” na ordem jurídica do país da sede. A doutrina francesa compactua com este entendimento¹⁸³⁶. A jurisprudência francesa admite a tese da “não integração” da sentença arbitral internacional na ordem jurídica do país da sede, sendo uma decisão cuja regularidade deve ser analisada com base nas regras aplicáveis no país onde o seu reconhecimento e sua execução são requeridos¹⁸³⁷.

III. PAULSSON¹⁸³⁸ e GAILLARD são transnacionalistas, mas apresentam teorias divergentes. O primeiro autor contesta a “teoria parisiense” e insiste sobre as premissas irrealistas e contraditórias (“*dreamy and self-contradictory*”) de uma ordem autónoma reconhecida pelas ordens jurídicas estaduais das quais pretende autonomizar-se¹⁸³⁹. Para PAULSSON¹⁸⁴⁰, as ordens privadas são ordens jurídicas¹⁸⁴¹. Não opõe o Estado às ordens privadas. Aproveitando a tese de SANTI ROMANO, conclui que a arbitragem, sendo um potencial veículo de acordos sociais, constitui por esse facto uma ordem

¹⁸³³ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., pp. 92-93.

¹⁸³⁴ Cour d'appel de Paris, 25 mai 1990, *Fougerolle c. Procofrance*, in *Revue Critique de Droit International*, 1990, p. 753.

¹⁸³⁵ Tribunal fédéral suisse, 19 avril 1994, *Westland Helicopters Ltd.*, ATF, 120, II, 155.

¹⁸³⁶ PHILIPPE PINSOLLE, “L'ordre juridique arbitral et la qualification de la sentence arbitrale de décision de justice internationale à propos de l'arrêt Putrabali du 29 Juin 2007”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Editions A. Pedone, 2008, p. 117: “En affirmant que la sentence arbitrale internationale ‘n’est rattachée à aucun ordre juridique étatique’, la Cour de cassation n’a pas, contrairement à une suggestion avancée peut-être hâtivement, consacré l’existence des sentences flottantes. Au contraire, elle a affirmé, de manière certes indirecte mais néanmoins tout à fait claire, l’existence d’un ordre juridique arbitral autonome par rapport aux ordres juridiques étatiques”.

¹⁸³⁷ Cass. civ. 1re, 29 juin 2007, *Sté PT Putrabali Adyamulia v. Sté Rena Holding et Sté Moguntia Est Epices* (2 esp.), *Revue de l'arbitrage*, 2007, p. 507, rapport J. P. Ancel, note E. Gaillard; *Journal de Droit International*, 2007, n.º 4, note T. Clay.

¹⁸³⁸ JAN PAULSSON, *The idea of arbitration*, cit., p. 45; veja-se também: ERGÜN KOCA, *Possibility of an autonomous international commercial arbitration*, cit., p. 29.

¹⁸³⁹ JAN PAULSSON, *The idea of arbitration*, cit., p. 45.

¹⁸⁴⁰ JAN PAULSSON, *The idea of arbitration*, cit., p. 47.

¹⁸⁴¹ JAN PAULSSON, *The idea of arbitration*, cit., p. 47.

jurídica fora do modelo estadual. Ao conferir eficácia, a tais acordos privados, por exemplo, executando a sentença arbitral, o Estado fá-lo-á por aplicação da sua própria norma¹⁸⁴², constituindo a arbitragem uma ordem jurídica autónoma¹⁸⁴³.

β) Inadmissibilidade de uma ordem jurídica “anacional”

aa) Inadmissibilidade de uma ordem jurídica arbitral com fundamento na *lex mercatoria*

À questão de saber se a *lex mercatoria* constitui um verdadeiro sistema jurídico¹⁸⁴⁴, o Professor RUI MOURA RAMOS¹⁸⁴⁵ considera que a necessária incompletude da *lex mercatoria* não a qualifica assim como uma verdadeira ordem jurídica. Por outro lado, salienta que “existe (...) algum irrealismo na defesa da *lex mercatoria* como ordem jurídica de base, estatuto primário dos contratos internacionais, quando se tem em conta a progressiva preocupação dos legisladores estaduais com a tutela de certos valores – como os interesses de terceiros – que não serão necessariamente considerados na *lex mercatoria*, atenta a origem em muitos casos corporativa, e portanto unilateral, da regulamentação respectiva”.

O Professor MARQUES DOS SANTOS¹⁸⁴⁶ também nega à *lex mercatoria* a qualidade de sistema jurídico, considerando-a como um dos terrenos do pluralismo jurídico¹⁸⁴⁷. O referido autor admite a existência de usos do comércio internacional fragmentários, diversificados, com carácter especializado e sectorial, variando de

¹⁸⁴² JAN PAULSSON, *The idea of arbitration*, cit., pp. 47-48.

¹⁸⁴³ “Precisely because it replicates in so many ways the judicial forms of an adversarial process, arbitration is an obvious potential vehicle for social arrangements constituting legal orders outside the conventional statist model. This is by no means an acceptance of the notion of an ‘arbitral legal order’. Render unto Caesar the things that are Caesar’s; when a state accepts to give effect to such private arrangements, for instance by enforcing arbitral awards, it does so by application of a norm of its own, that is to say the expression of its own legal order” (JAN PAULSSON, *The idea of arbitration*, cit., pp. 47-48).

¹⁸⁴⁴ A *lex mercatoria* moderna e o conceito da ordem jurídica autónoma das transacções económicas internacionais, composta por práticas e costumes autónomos, contratos-tipo e cláusulas modelo, bem como por princípios gerais de Direito são associados principalmente a Goldman (Veja-se: SVEN SCHILF, *Os princípios UNIDROIT, o conceito do direito e a arbitragem internacional*, cit., p. 119).

¹⁸⁴⁵ RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, cit., pp. 511-514.

¹⁸⁴⁶ ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma teoria geral*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1991, p. 680.

¹⁸⁴⁷ ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma teoria geral*, cit., p. 684.

profissão para profissão, de ramo para ramo, de sector para sector¹⁸⁴⁸. Por isso, não se pode falar de um sistema normativo homogéneo. Embora não existindo um sistema jurídico que seja ilacunar, nega à *lex mercatoria* a qualidade de sistema jurídico¹⁸⁴⁹.

A mesma posição é partilhada por diversos autores portugueses, entre os quais MÁRIO RAPOSO¹⁸⁵⁰ que entendeu que “Considerada realisticamente, numa perspectiva depurada de ‘entusiasmos’ dogmáticos, é a *lex mercatoria*, desde logo, um sistema interpretativo e integrador que responde a evidentes carências do direito por assim dizer legislado. Obviamente que não é uma ordem jurídica autónoma, que a si própria se baste”.

O Professor MOURA VICENTE¹⁸⁵¹ rejeitava, em 1990, a tese de a *lex mercatoria*¹⁸⁵² constituir uma verdadeira ordem jurídica. Em primeiro lugar, afirmava o carácter excessivamente lacunar da *lex mercatoria*. O sistema jurídico deve ter uma plenitude normativa potencial. Segundo referiu: “(...) não são conhecidas quaisquer regras de carácter costumeiro em matérias como a capacidade e os vícios do consentimento, os prazos de prescrição dos direitos, a transmissão da propriedade dos bens móveis ou imóveis, as garantias das obrigações, as taxas de juro, *etc.*”¹⁸⁵³. Em segundo lugar, o mesmo autor referia a incoercibilidade da *lex mercatoria*, não dispondo de um sistema institucionalizado de sanções, nem de autoridade para as aplicar ocorrendo violações das regras que a integrem¹⁸⁵⁴. Em terceiro lugar, duvidava

¹⁸⁴⁸ ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma teoria geral*, cit., pp. 680-681.

¹⁸⁴⁹ ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma teoria geral*, cit., p. 682.

¹⁸⁵⁰ MÁRIO RAPOSO, “Equidade, Composição amigável e *Lex Mercatoria*”, in *Estudos sobre arbitragem comercial e Direito marítimo*, Almedina, 2006, p. 65.

¹⁸⁵¹ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, cit., p. 181; DÁRIO MOURA VICENTE, “Método jurídico e Direito Internacional Privado”, cit., pp. 1294-1295.

¹⁸⁵² JOÃO PEDROSO; CRISTINA CRUZ, *A arbitragem institucional: um novo modelo de administração da justiça – o caso dos conflitos de consumo*, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2000, p. 42. “Para Goldman (1964; 117) a nova *lex mercatoria* é um ‘direito espontâneo’ fundamentalmente integrado por usos comerciais, ‘contratos-tipo’, cláusulas contratuais típicas, regras consagradas pela jurisprudência arbitral e subsidiariamente pelos princípios gerais do Direito, pelo que este direito seria essencialmente corporativo de índole consuetudinária – o direito da sociedade internacional dos comerciantes”.

¹⁸⁵³ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, cit., p. 184.

¹⁸⁵⁴ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, cit., p. 184; CHRYSOULA PANOU, *Le consentement à l’arbitrage*, cit., pp. 31 e ss..

de algumas das regras da *lex mercatoria* como sendo verdadeiro Direito e salientava o risco de imprevisibilidade das sentenças nelas fundadas¹⁸⁵⁵.

Deve-se, por conseguinte, admitir uma concepção minimalista, a qual atribui à *lex mercatoria* uma função essencialmente complementar dos Direitos nacionais, tendo a mesma por fonte precípua os usos do comércio internacional, que as partes podem incorporar, por remissão, nos contratos entre si celebrados, e que os árbitros podem aplicar como meios de integração e de interpretação destes¹⁸⁵⁶.

bb) Inadmissibilidade de uma ordem jurídica arbitral autónoma em relação às ordens jurídicas estaduais

O Professor MOURA VICENTE¹⁸⁵⁷ considerava ainda, em 1990, “condenável”¹⁸⁵⁸ a tese da existência de arbitragens “anacionais”, “deslocalizadas”, “supra-nacionais” ou “extra-nacionais”. Em primeiro lugar, defende que a arbitragem representa um monopólio estadual da função jurisdicional. Por conseguinte, “nenhum Estado deve (...) anuir à sua substituição por meros particulares no desempenho de tal função sem se reservar a faculdade de fiscalizar o processo e a decisão arbitrais”¹⁸⁵⁹. Em segundo lugar, só se consegue assegurar a observância de princípios processuais fundamentais, em caso de sua violação, mediante o recurso de anulação interposto para os tribunais estaduais¹⁸⁶⁰. Em terceiro lugar, a viabilidade da arbitragem depende do suporte dos tribunais judiciais, sendo indispensável a existência de uma autoridade jurisdicional estadual (*autorité d'appui, supporting authority*)¹⁸⁶¹. Em quarto lugar, afirma que só o Direito interno pode suprir as lacunas das estipulações das partes quanto à constituição e ao funcionamento do tribunal arbitral¹⁸⁶². Conclui o referido autor que

¹⁸⁵⁵ DÁRIO MOURA VICENTE, “Método jurídico e Direito Internacional Privado”, cit., p. 1296.

¹⁸⁵⁶ DÁRIO MOURA VICENTE, “Método jurídico e Direito Internacional Privado”, cit., p. 1294.

¹⁸⁵⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, cit., p. 42.

¹⁸⁵⁸ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, cit., p. 44.

¹⁸⁵⁹ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, cit., p. 44.

¹⁸⁶⁰ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, cit., p. 44.

¹⁸⁶¹ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, cit., pp. 44-45.

¹⁸⁶² DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, cit., p. 45.

“As arbitragens relativas a litígios emergentes de relações do comércio internacional, cujas partes sejam sujeitos de Direito privado, encontram-se necessariamente sujeitas ao Direito positivo de um Estado. Não existem, pois, arbitragens ‘anacionais’ ou ‘flutuantes’”¹⁸⁶³.

γ) Apreciação crítica

Apresentadas as diferentes teses sobre a possível existência de uma ordem jurídica arbitral que se lograram desenvolver, cabe agora expressar o nosso entendimento sobre o tema.

A tese da existência de uma ordem jurídica arbitral fundada exclusivamente na *lex mercatoria* é de se afastar liminarmente pelas razões acima apontadas. De igual modo, deve ser rejeitada a tese que fundamenta exclusivamente a ordem jurídica arbitral na autonomia privada. Se é verdade que a força vinculativa da decisão arbitral pode ser inferida da própria estipulação contratual da arbitragem, não se pode ignorar que a estipulação contratual da arbitragem pelas partes não tem eficácia sem a mediação de uma ordem jurídica estadual.

Numa visão preponderantemente corporativa, a ordem jurídica arbitral existe: a *societas mercatorum*. Se, ao contrário, a questão for analisada de um ponto de vista estritamente normativista, pode-se chegar a uma solução divergente.

Em todo o caso, a intervenção do Estado é necessária e, até certo ponto, indispensável para assegurar a eficácia e o controlo das sentenças arbitrais internacionais. O que condiciona fortemente a admissibilidade da existência de uma ordem jurídica arbitral para os seguidores da tese normativista. Pode-se, no entanto, observar que a ideia de uma ordem jurídica arbitral vai evoluindo no sentido da sua progressiva afirmação.

Essa questão já não se coloca obviamente em França. A tese da existência da ordem jurídica arbitral é consolidada pela jurisprudência francesa segundo a qual a sentença arbitral internacional não se integra na ordem jurídica do país da sede.

¹⁸⁶³ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, cit., p. 45.

2º Argumentos desfavoráveis ao reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede

Apreciadas as diversas concepções relativas às representações da arbitragem internacional, importa analisar os aspectos desfavoráveis ao reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede. Com efeito, a doutrina internacional apresenta maioritariamente um conjunto de argumentos desfavoráveis ao reconhecimento de sentenças anuladas no seu país de origem¹⁸⁶⁴. Os principais são os que seguem:

a) Insegurança jurídica

Segundo vários autores¹⁸⁶⁵, o facto de recorrer ao artigo VII da CNI para fazer prevalecer as disposições nacionais com o intuito de reconhecer uma sentença arbitral anulada no país onde foi proferida, pode constituir uma fonte de insegurança jurídica. A interpretação do Tribunal de Cassação francês pode ter por consequência que uma sentença anulada possa beneficiar de *exequatur* nalguns países e noutros não. Por outro, a anulação da sentença pode levar a parte que a obteve a iniciar um novo processo arbitral que pode dar lugar a uma nova sentença contrária à primeira. Se um novo *exequatur* for requerido no mesmo país que reconheceu a sentença anulada, estar-se-á perante uma situação inextricável.

Assim, o Professor PHILIPPE FOUCHARD¹⁸⁶⁶ admitia que a Convenção de Nova Iorque ao reconhecer um papel duplamente proeminente ao juiz do Estado de origem, assegurava um *minimum* de coordenação do controlo internacional da sentença arbitral. Em primeiro lugar, a sua decisão de anulação impõe-se ao juiz estrangeiro a quem for solicitado o *exequatur*. E, em segundo lugar, ele pode intervir para anular a sentença arbitral a pedido de uma das partes¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶⁴ ROY GOODE, “The role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration”, *Arbitration International*, vol. 17, 2001, p. 39.

¹⁸⁶⁵ Veja-se por exemplo: GUY KEUTGEN; GEORGES-ALBERT DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, Tome II, cit., p. 1088.

¹⁸⁶⁶ PHILIPPE FOUCHARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, cit., pp. 329 e ss..

¹⁸⁶⁷ PHILIPPE FOUCHARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, cit., pp. 332-333: “La convention de New York réserve donc au juge de l’État d’origine un rôle doublement prééminent. D’abord, sa décision d’annulation de la sentence s’impose aux

b) *Forum shopping ad nauseam*

A parte que tiver uma sentença anulada e que não mereça reconhecimento ou execução pode tentar a sua sorte em diversas jurisdições até encontrar uma jurisdição que reconheça ou execute a referida sentença, obrigando assim a outra parte a litigar nessa jurisdição¹⁸⁶⁸. Tal facto acarreta diversos inconvenientes, incluindo de natureza financeira, pois obriga a parte contrária a gastar recursos para se defender. O *forum shopping* tende aqui a criar ou reforçar a insegurança jurídica gerada pela jurisprudência favorável ao reconhecimento de sentenças anuladas no país da sede. Esta procura incansável pela jurisdição que reconheça a sentença anulada pode, metaforicamente – segundo a expressão usada –, provocar náuseas. O caso *Yukos* pode revelar-se neste aspecto elucidativo.

c) Contradição da posição assumida pelo Tribunal de Cassação francês

O Professor VAN DEN BERG¹⁸⁶⁹ considera que a jurisprudência do Tribunal de Cassação francês segundo a qual a sentença arbitral internacional não se integra em qualquer ordem jurídica nacional, sendo uma decisão de justiça internacional, é um ponto de vista puramente francês. A contradição que surge é a de que a sentença arbitral internacional proferida em França é conectada com a ordem jurídica estadual francesa, sendo-lhe aplicáveis os artigos 1492.º a 1507.º do Código de Processo Civil relativos à arbitragem internacional. O que inclui o regime da anulação da sentença previsto no artigo 1504 do CPC. Por outras palavras, se a sentença arbitral internacional não se integrasse na ordem jurídica francesa, não seria sindicável por via da acção anulatória.

juges étrangers sollicités pour l'exequatur de la sentence. Ensuite, cette prééminence est également chronologique: la partie mécontente peut agir immédiatement devant lui pour demander cette annulation, et cette initiative suffit à paralyser provisoirement toute décision d'exécution sollicitée devant un juge étranger. (...) Malgré cette double complication possible, le système de New York reste assez simple, et la plupart de ses commentateurs ont souligné et approuvé la hiérarchie ainsi instituée entre les ordres juridiques nationaux. Elle a en effet le mérite – sur lequel on reviendra – d'assurer un minimum de coordination au contrôle international de la sentence, en limitant les cas où celle-ci n'aura pas le même sort dans deux États différents”.

¹⁸⁶⁸ FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, cit., p. 831.

¹⁸⁶⁹ ALBERT JAN VAN DEN BERG, “Should the setting aside of the arbitral award be abolished?”, in *ICSID Review*, 2014, p. 20; ALBERT JAN VAN DEN BERG, “Enforcement of annulled awards?”, in *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 9, N.º 2, November, 1998, p. 17.

d) Carácter subversivo da jurisprudência dos tribunais franceses

Se a jurisprudência francesa for amplamente seguida, o artigo V da CNI tornar-se-ia letra morta, na medida em que nenhum tribunal teria em consideração as decisões anulatórias de outros tribunais. Todos os tribunais estaduais refugiar-se-iam na sua própria lei da arbitragem. Tal abordagem seria incompatível com a cortesia internacional e o respeito que se espera existir entre os tribunais de diferentes Estados¹⁸⁷⁰. A *comitas gentium* fica negativamente afectada. Nesta perspectiva, o reconhecimento de uma sentença anulada num determinado país, é susceptível de revelar uma falta de consideração para com as jurisdições do referido país ou, no mínimo, de traduzir uma atitude de superioridade em relação às mesmas. Com efeito, o reconhecimento de uma sentença anulada tem por efeito prático a revogação no Estado do reconhecimento da sentença anulatória proferida no país da sede.

e) Não respeito pela autonomia das partes

Segundo alguns autores¹⁸⁷¹, a solução francesa não toma em consideração a autonomia das partes, uma vez que estas escolheram directa ou indirectamente a sede da arbitragem, sujeitando-se a determinada ordem jurídica e às autoridades judiciais dessa ordem. A escolha da sede da arbitragem permite a integração da sentença proferida na ordem jurídica do país da sede, embora não seja a única que possa eventualmente ser chamada a pronunciar-se sobre a validade da referida sentença. O argumento a que se refere aqui denota uma concepção monolocalizadora da arbitragem. Por isso, é susceptível de contestação.

f) Não respeito da obrigação imposta ao juiz do Estado de acolhimento de reconhecer a decisão do juiz do Estado de origem

O art. V, n.º1, e) da CNI procurou proceder a uma repartição de competências entre o juiz do Estado de origem e o juiz do Estado de acolhimento da sentença,

¹⁸⁷⁰ ROY GOODE, “The role of the *Lex Loci Arbitri*”, cit., p. 37.

¹⁸⁷¹ POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 904, N. 929; *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 854, N. 929.

impondo a este a obrigação de reconhecer a decisão daquele¹⁸⁷². O reconhecimento de uma sentença anulada no país da sede contraria a vontade do legislador internacional. Esse estado de coisas provocaria uma situação de desconformidade na aplicação da própria CNI. Este argumento pode ser contrariado com uma interpretação semântica do artigo V, n.º 1 da CNI.

3º Argumentos favoráveis ao reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede

Em face dos argumentos desfavoráveis ao reconhecimento de sentenças arbitrais arbitrais anuladas no país da sede, outra parte da doutrina concilia este reconhecimento com a letra e o espírito da CNI. Em suma, os argumentos apresentados consistem no seguinte:

a) A interpretação teleológica da CNI

Um primeiro argumento a favor do reconhecimento de sentenças arbitrais no país da sede consiste em analisar a finalidade da própria Convenção de Nova Iorque. Segundo alguns autores¹⁸⁷³, a CNI foi elaborada para reger o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, e não para estabelecer o não reconhecimento ou execução das mesmas. O não reconhecimento só pode constituir uma exceção. Assim, uma solução que admita o reconhecimento de uma sentença anulada no país da sede pode encontrar fundamento na interpretação teleológica da CNI.

Conforme já referimos, a Convenção de Nova Iorque estabelece verdadeiramente uma presunção *juris tantum* de validade da sentença arbitral, para facilitar o seu reconhecimento. De acordo com o artigo III, “*Cada um dos Estados Contratantes reconhecerá a autoridade de uma sentença arbitral (...)*” e concederá a execução da mesma nos termos das regras de processo adoptadas no território em que a sentença for invocada. O artigo VII da CNI reforça a ideia da interpretação teleológica na medida em que permite até que a própria CNI possa ser afastada se outro tratado

¹⁸⁷² EMMANUEL GAILLARD, “L’exécution des sentences annulées dans leur pays d’origine”, in *Journal de Droit International*, 1998, p. 662.

¹⁸⁷³ FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, cit., p. 829.

internacional ou lei estadual apontar uma solução mais favorável ao reconhecimento de sentenças arbitrais.

b) A interpretação semântica da CNI

A tese da discricionariedade no reconhecimento e execução de sentenças anuladas encontra sustentação no texto do artigo V da CNI. As jurisdições estaduais são livres de reconhecer ou não as sentenças arbitrais estrangeiras quando são invocados e provados os motivos elencados no artigo V) da CNI. Na versão inglesa, o artigo V, n.º 1 da CNI prevê que “*o reconhecimento e a execução da sentença podem ser indeferidos*”¹⁸⁷⁴. Na versão espanhola, o sentido é o mesmo: “*Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia*”¹⁸⁷⁵. De acordo com o texto francês: “*la reconnaissance et l’exécution de la sentence ne seront refusées (...) que si*”. Uma tradução similar é feita na versão portuguesa: “*O reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos (...)*”. Por conseguinte, o texto da CNI não impõe aos Estados membros a obrigação de recusar o reconhecimento quando se verificam os motivos de não reconhecimento previstos no seu artigo V. Trata-se apenas de uma faculdade deixada ao país do reconhecimento¹⁸⁷⁶.

¹⁸⁷⁴ FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, cit., pp. 829 e ss.; ADRIANA BRAGHETTA, *A importância da sede da arbitragem – Visão a partir do Brasil*, Vol. I, cit., p. 51; LUÍS OLAVO BAPTISTA, *Arbitragem Comercial e Internacional*, cit., p. 298.

¹⁸⁷⁵ Veja-se no mesmo sentido no Direito espanhol: PILAR BLANCO-MORALES LIMONES; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Art. 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables”, in *Comentários a la Ley de Arbitraje*, Carlos González-Bueno (Coord.), Consejo General del Notariado, 2014, p. 923.

¹⁸⁷⁶ EMMANUEL GAILLARD, “L’exécution des sentences annulées dans leur pays d’origine”, cit., p. 660.

c) A incapacidade dos autores da CNI de assegurar uma coordenação internacional em termos de repartição de competências entre o juiz do Estado de acolhimento e o juiz do país de origem da sentença arbitral

Importa aqui realçar dois argumentos apresentados pelo Professor EMMANUEL GAILLARD¹⁸⁷⁷ para sustentar o facto de que os autores não pretendiam, nem podiam, centralizar as acções visando a contestação da sentença na sede da arbitragem, e de nenhum modo quiseram que a sentença proferida no país da sede fosse necessariamente obrigatória no país do reconhecimento. Em primeiro lugar, a CNI apenas prevê a faculdade, e não a obrigação, de o Estado de acolhimento suspender a sua decisão até à prolação da sentença no país de origem da sentença arbitral. Em segundo lugar, a CNI insiste no controlo da sentença arbitral pelo país do reconhecimento, e não deixa definitivamente tal controlo ao juiz do país da sede.

d) A não “integração” da sentença arbitral internacional na ordem jurídica do país de origem

Tal é, conforme já referimos, a jurisprudência do Tribunal de Cassação francês segundo a qual a sentença internacional não se integra em qualquer ordem jurídica estadual, sendo uma decisão cuja regularidade deve ser analisada com base nas regras aplicáveis no país onde o seu reconhecimento e execução são requeridos¹⁸⁷⁸. No nosso entender, uma sentença arbitral internacional produz efeitos na ordem jurídica da sede, mas não de modo exclusivo. Uma sentença arbitral proferida numa arbitragem internacional com sede em Portugal “integra-se” na ordem jurídica portuguesa. No entanto, essa “integração” não é exclusiva conforme sugere a tese monolocalizadora.

4º Soluções preconizadas pela doutrina

Não ficaria completa a explanação dos diversos entendimentos doutrinários sobre a questão aqui abordada sem uma breve referência às soluções avançadas pela

¹⁸⁷⁷ EMMANUEL GAILLARD, “L’exécution des sentences annulées dans leur pays d’origine”, cit., p. 664.

¹⁸⁷⁸ Cass. civ. 1re, 29 juin 2007, *Sté PT Putrabali Adyamulia v. sté Rena Holding et sté Moguntia Est Epices* (2 esp.), *Revue de l’arbitrage*, 2007, p. 507, rapport J. P. Ancel, note E. Gaillard; *Journal de Droit International*, 2007, n.º 4, note T. Clay.

doutrina para conferir legitimidade internacional à eventual anulação da sentença arbitral no país da sede e o seu reconhecimento no estrangeiro. As diferentes sugestões apresentam-se como se seguem.

a) Criação de uma jurisdição internacional com competência para anular ou declarar executórias as sentenças arbitrais

A instituição de um controlo único, internacional, através de uma jurisdição com competência para anular ou declarar executórias sentenças arbitrais que interessam ao comércio internacional seria uma solução plausível. A ideia ainda não se concretizou¹⁸⁷⁹. Contudo, importa salientar que a sua concretização requer, por parte dos Estados, uma perda da sua soberania no que tange à competência dos seus tribunais. Por outro lado, tal projecto exigirá um importante investimento humano e material.

b) Revisão da Convenção de Nova Iorque

Uma revisão da CNI no sentido de reforçar o papel preponderante do juiz da sede é encarada como susceptível de responder às inquietações levantadas pelo reconhecimento de sentenças anuladas no país da sede. A solução seria de difícil consenso uma vez que não há unanimidade sobre se se deve reforçar a primazia do juiz da sede da arbitragem de modo a impor a sua decisão aos juízes de execução dos demais países contratantes. Tal reforço da posição do juiz da sede implicaria eventualmente a revogação do artigo VII da CNI. Ou dever-se-á ainda suprimir a alínea e) do n.º 1 do artigo V e, correlativamente, o artigo VI da CNI?¹⁸⁸⁰ A euforia suscitada pelo sucesso que conheceu a CNI enquanto tratado internacional parece impedir, à data de hoje, qualquer manobra tendente a mexer no seu teor, reflexo de um equilibrismo das diversas sensibilidades jurídicas alcançado pelos seus autores.

¹⁸⁷⁹ PHILIPPE FOUCHARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, in *Écrits*, 2007, p. 451.

¹⁸⁸⁰ PHILIPPE FOUCHARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, in *Écrits*, cit., p. 455.

c) Supressão do recurso de anulação contra as sentenças arbitrais internacionais

A proposta foi feita pelo Professor PHILIPPE FOUCHARD¹⁸⁸¹. O único controlo da sentença arbitral internacional seria efectuado no momento em que se pede o seu reconhecimento ou execução em determinado país. Porquê anular um laudo que não será executado no país da sede? O argumento é sensato e formulado por um mestre da arbitragem internacional. No entanto, parece-nos uma solução idílica. Suprimir o recurso de anulação contra as sentenças arbitrais internacionais seria retirar ao Estado da sede qualquer poder de controlo em relação à sentença arbitral. Uma coisa é permitir que as partes possam contratualmente afastar a acção anulatória, outra coisa é suprimi-la, por completo. E, nessa segunda via, haverá certamente pouco séquito.

d) Distinção fundada nos motivos de anulação da sentença arbitral: *Local standard for Annulment (LSA)* e *International Standard Annulment*

JAN PAULSSON¹⁸⁸² defende a necessidade de reduzir os casos de não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais, apresentando as seguintes opiniões. A primeira vai no sentido de uma evolução consciente e coordenada a nível internacional visando a redução de casos de não reconhecimento ou de não execução de sentenças arbitrais. Sem uma revisão geral da Convenção de Nova Iorque, um grupo de Estados Contratantes acordariam em não usar todos os fundamentos de anulação previstos no artigo V da Convenção para recusar o reconhecimento ou interpretá-los de forma mais liberal¹⁸⁸³. Segundo o referido autor, o reconhecimento de sentença arbitral

¹⁸⁸¹ PHILIPPE FOUCHARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, in *Écrits*, cit., p. 455.

¹⁸⁸² JAN PAULSSON, “L’exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain”, in *Revue de l’arbitrage*, 1998, N.º 4, p. 650; Veja-se também: ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, Almedina, 2016, p. 77-78: “O sistema de controlo dual da arbitragem internacional, com proeminência da jurisdição da sede, que é defendido pela conceção maioritária acima descrita, é recusado também por autores que não aderem à conceção (sobretudo francesa) da arbitragem internacional ancorada numa ‘ordem jurídica arbitral’ autónoma em relação às ordens jurídicas estaduais. É o caso de Jan Paulsson e de Luca Radicati di Brozolo, que, sem negarem completamente a relevância da jurisdição da sede, defendem nada existir na Convenção de Nova Iorque que imponha que os tribunais do lugar do reconhecimento e execução da sentença se inclinem, por princípio, perante uma decisão anulatória daquela”.

¹⁸⁸³ JAN PAULSSON, “L’exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain”, cit., pp. 649-650.

anulada no país da sede deverá ser concedido se a anulação ocorreu na base de um *LSA* (motivos próprios do Direito nacional do Estado da sede).

Para o Professor VAN DEN BERG¹⁸⁸⁴, a solução não é inovadora no sentido em que tem a sua origem no artigo IX da Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional. Com efeito, o artigo IX da Convenção de Genebra restringe os casos em que a anulação da sentença num Estado contratante irá constituir uma causa de recusa para a sua execução num outro Estado contratante. A anulação só terá efeito internacional se motivada pela violação de um dos quatro primeiros fundamentos previstos no artigo V da CNI.

Quando a decisão da anulação for proferida no país de origem por inarbitrabilidade do litígio de acordo com a lei desse país ou por contrariedade à ordem pública (fundamentos previstos no artigo V, n.º 2), tal anulação não terá efeitos perante o juiz do reconhecimento dos demais Estados contratantes¹⁸⁸⁵. Esta solução não é compatível com o texto da CNI na medida em que põe em causa a supremacia do juiz da sede da arbitragem e apresenta os mesmos inconvenientes que a jurisprudência francesa. Por outro lado, uma sentença arbitral anulada já não existe. Como pode um tribunal perante o qual essa “sentença” é apresentada declará-la executória?¹⁸⁸⁶

O Professor LIMA PINHEIRO¹⁸⁸⁷ entende que a ordem pública internacional do Estado do reconhecimento deve constituir o único limite à relevância da anulação proferida no Estado de origem da decisão arbitral. Não basta, por conseguinte, o apelo a critérios internacionalmente reconhecidos para neutralizar uma actuação parcial ou abusiva do tribunal do Estado de origem da decisão, sendo para o efeito indispensável o exame concreto da decisão de anulação¹⁸⁸⁸. Sendo certo que podem estar em jogo ‘interesses’ do Estado de reconhecimento que não correspondem a critérios internacionalmente reconhecidos¹⁸⁸⁹.

¹⁸⁸⁴ ALBERT JAN VAN DEN BERG, “Enforcement of annuled awards?”, in *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 9, N.º 2, November, 1998, p. 20.

¹⁸⁸⁵ PHILIPPE FOUCARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, cit., p. 329; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Vol. III, cit., p. 3624.

¹⁸⁸⁶ ALBERT JAN VAN DEN BERG, “Enforcement of annuled awards?”, in *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 9, N.º 2, November, 1998, p. 16; POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 905, N. 929.

¹⁸⁸⁷ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 309.

¹⁸⁸⁸ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 309.

¹⁸⁸⁹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 309.

e) Adopção pelos Estados de legislações mais favoráveis

Para o Professor VAN DEN BERG¹⁸⁹⁰, os problemas constatados na aplicação da Convenção de Nova Iorque podem ser corrigidos através da adoção pelos Estados membros de legislações mais favoráveis nos termos do artigo VII da CNI¹⁸⁹¹. E, aqui, as sensibilidades variam muito entre os diferentes Estados. A ideologia em que assenta a organização do Estado influencia sobremaneira as posições adoptadas pelos Governos em relação à arbitragem. Um Estado de matriz socialista ou comunista terá uma visão diametralmente oposta à de um Estado liberal ou capitalista. A posição expressa pelo Professor VAN DEN BERG não passa de um voto piedoso.

4.2.7. Apreciação crítica

I. Procedendo agora à apreciação crítica da questão que nos ocupa, uma vez lembrado, em traços largos, o entendimento das diversas correntes doutrinárias, cabe tecer as seguintes considerações.

É desde logo patente que a França ainda se encontra um pouco isolada nesta questão do reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no estrangeiro, em particular na Europa¹⁸⁹². *O favor recognitionis* quanto às sentenças anuladas no seu país de origem tem até aqui um campo de expressão geograficamente limitado. Mas essa limitação geográfica deverá ser relativizada e contrabalançada com o peso que têm e o lugar que ocupam enquanto centros internacionais de arbitragem os países que admitem o reconhecimento de sentenças anuladas no país de origem.

Uma sentença arbitral anulada por uma jurisdição da sede da arbitragem é uma sentença reduzida a pó. Não se deve, no entanto, admitir em termos absolutos a

¹⁸⁹⁰ ALBERT JAN VAN DEN BERG, “Enforcement of annuled awards?”, cit., p. 16; POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, cit., p. 905, N. 929.

¹⁸⁹¹ JAN PAULSSON, “L’exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain”, in *Revue de l’arbitrage*, 1998, N.º 4, p. 650; ALAN REDFERN; MARTIN HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (with Nigel Blackaby and Constantine Partasides), Fourth Edition, 2004, p. 469.

¹⁸⁹² A doutrina italiana rejeita a possibilidade de homologação de uma sentença arbitral estrangeira anulada no país da sede. Veja-se: GIOVANNI BONATO, “Panorama da arbitragem na França e na Itália – Perspectiva de Direito comparado com o sistema brasileiro”, p. 37; Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/208504/mod_resource/content/0/BONATO%2C%20Arbitragem%20na%20Fran%C3%A7a%20e%20na%20It%C3%A1lia..pdf.

aplicabilidade do princípio *ex nihilo nihil fit* (Nada surge do nada)¹⁸⁹³. Embora se reconheça a importância das jurisdições da sede da arbitragem, parece-nos também repugnante admitir-se a possibilidade de se recusar o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras quando os motivos da sua anulação no país onde foram proferidas forem contrários à ordem pública internacional do Estado do foro.

A ordem pública internacional corresponde às regras e princípios fundamentais respeitantes a valores éticos, políticos, culturais ou até ambientais. Não se trata para nós de admitir a tese da não integração da sentença arbitral internacional na ordem jurídica da sede ou do país da lei escolhida para reger o procedimento arbitral, mas de afirmar a necessidade de atender aos valores fundamentais do Estado do foro. Existe uma corrente doutrinária a nível internacional favorável ao reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede¹⁸⁹⁴.

A nossa posição diverge da jurisprudência francesa que não procede a qualquer distinção entre os motivos que levaram à anulação da sentença no país da sede, para fundamentar o seu reconhecimento no país da execução. Duas situações devem ser tomadas em consideração a este respeito: (i) o reconhecimento da sentença anulada no país da sede é admitido quando a lista das causas de anulação ou de recusa de reconhecimento do país de origem é mais extensa do que a do país do reconhecimento¹⁸⁹⁵; (ii) o reconhecimento da sentença anulada no país de origem é

¹⁸⁹³ MIGUEL GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, cit., p. 417.

¹⁸⁹⁴ FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, cit., p. 829; RICARDO YÁÑEZ VELASCO, *Comentários a la nueva Ley de Arbitraje*, Valencia, 2004, p. 1019 e ss.; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Art. 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables”, in *Comentários a la Ley de Arbitraje*, Carlos González-Bueno (Coord.), Consejo General del Notariado, 2014, p. 923: “Aún cuando el laudo haya sido anulado en un país de los mencionados en el precepto y la parte lo haya hecho valer ante el tribunal español encargado de otorgar el *exequatur*, dicho tribunal no está obligado a denegar el *exequatur*: el precepto sólo dice que *podrá* denegarse el *exequatur*. Con ello se da un amplio margen de manobra para que los tribunales españoles no denieguen el *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros que han sido anulados por motivos contrarios al orden público español”.

¹⁸⁹⁵ A Professora PAULA COSTA E SILVA refere que, com o acórdão *Putrabali*, o Tribunal de Cassação francês deixou patente, na sequência da doutrina dos acórdãos *Hilmarton* e *Bechtel*, do Tribunal de Apelação, que o facto de uma decisão ser anulada no seu Estado de origem não impede o seu reconhecimento num Estado de destino. Assim, “fundando-se na ausência de escoramento da decisão arbitral, proferida em matéria comercial internacional, num específico sistema jurídico, bem como na circunstância de a decisão arbitral internacional ser uma decisão judicial internacional, a Cassação desprende a decisão do regime de anulação vigente no Estado de origem, remetendo para o regime vigente no Estado de destino em matéria de reconhecimento e de execução. Porque o Direito francês de reconhecimento não enuncia, como impedimento ao reconhecimento, a anulação da decisão no Estado de origem, a decisão pode ser reconhecida, não obstante ter sido anulada no seu Estado de origem. Esta solução permite bloquear a relevância da excepção de ordem pública do Estado de origem, potencial fundamento de anulação, no Estado de destino” (PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, 2009, pp. 91-92).

admitido quando a anulação resulta de uma aplicação divergente dos mesmos critérios de anulação ou de recusa do reconhecimento de sentenças¹⁸⁹⁶.

II. Os tribunais americanos recortaram o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras com a aplicação da doutrina do *forum non conveniens*¹⁸⁹⁷. A expressão “*forum non conveniens*” designa uma técnica própria do Direito Internacional Privado que permite às jurisdições de um determinado Estado de declinarem a sua competência quando concluíam que o foro escolhido é inapropriado ou que um foro estrangeiro seria mais apropriado para dirimir o litígio que opõe as partes¹⁸⁹⁸.

Apresenta-se, por um lado, como uma excepção processual, ou seja, um meio de defesa à disposição da parte requerida¹⁸⁹⁹. E, por outro lado, trata-se de uma cláusula de excepção do Direito Internacional Privado que consiste em conceder ao juiz um poder de moderação que lhe permite corrigir ou adaptar a regra abstracta de conexão quando a situação apresente uma conexão insuficiente com o foro escolhido ou possua conexão mais estreita com outro país¹⁹⁰⁰.

A doutrina do *forum non conveniens* foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal americano no caso *Gulf Oil Co. v. Gilbert*¹⁹⁰¹, em 1947, num litígio de carácter interno, entre uma empresa do Estado da Virgínia e outra da Pensilvânia. Os critérios de aplicabilidade da doutrina definidos no referido caso foram estendidos aos litígios transnacionais no caso *Piper Aircraft Co. v. Reyno*¹⁹⁰², em 1981.

Para as jurisdições americanas, a competência jurisdicional deve conformar-se às exigências do respeito pelos direitos de defesa (“*due process*”) estabelecidas na

¹⁸⁹⁶ EMMANUEL GAILLARD, “L’exécution des sentences annulées dans leur pays d’origine”, cit., pp. 656-658.

¹⁸⁹⁷ Na jurisprudência inglesa, dois casos são relevantes em matéria da aplicabilidade do princípio do *forum non conveniens* pelas jurisdições inglesas: *The Atlantic Star* (1974) e *MacShannon v. Rockware Glass* (1978). “In two cases decided in 1974 and 1978, the House of Lords accepted that an English court should be prepared to not exercise a jurisdiction which it had if (a) the defendant objected to the exercise of that jurisdiction, and (b) the defendant could show that there was another forum elsewhere which was available and was clearly more appropriate than the England for the resolution of the dispute, and (c) there was no overwhelming injustice in staying the proceedings and leaving the claimant to repair to the foreign court identified at (b)” (ADRIAN BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction and choice of law*, Oxford, 2008, p. 202).

¹⁸⁹⁸ ARNAUD NUYTS, *L’exception de forum non conveniens*, Bruylant Bruxelles, 2003, p. 1.

¹⁸⁹⁹ ARNAUD NUYTS, *L’exception de forum non conveniens*, cit., p. 1.

¹⁹⁰⁰ ARNAUD NUYTS, *L’exception de forum non conveniens*, cit., p. 1.

¹⁹⁰¹ 330 U.S. 501 (1947); veja-se: MAGGIE GARDNER, “Retiring Forum Non Conveniens”, in *New York University Law Review*, N.º 2, Vol. 92, New York University, 2017, p. 403.

¹⁹⁰² 454 U.S. 235 (1981); MAGGIE GARDNER, “Retiring Forum Non Conveniens”, cit., p. 405.

Constituição americana, isto é, devem existir “ligações mínimas” entre as demandadas e o Estado de modo que a acção intentada não seja contrária às tradicionais noções de “*fair-play*” e de justiça efectiva. Tal é a jurisprudência do juiz novo iorquino no caso *Dardana Ltd v. A.O. Yuganskneftegaz* (2001)¹⁹⁰³.

E, segundo o Tribunal de Apelação do 2º Circuito, no caso *Monegasque de Reassurances SAM v. NAK Naftogaz of Ukraine* (2002)¹⁹⁰⁴, não se pode forçar o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral quando as partes, os factos litigiosos e a sentença não têm qualquer conexão com o foro, uma vez que tal actuação poderia ser altamente inoportuna e constituiria um travão para o comércio internacional. Esta doutrina é de natureza a atenuar o chamado *forum shopping ad nauseam* que pode provocar o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede.

Na aplicação da doutrina do *forum non conveniens*, o tribunal deve constatar que existe uma alternativa à sua jurisdição e avaliar os interesses privados (facilidade de acesso aos meios de prova, possibilidade de obtenção de meios coercitivos e de reconhecimento da sentença definitiva, *etc.*) e públicos (dificuldades administrativas, envolvimento de um jurado que nada tem que ver com o litígio, *etc.*) envolvidos a favor de uma jurisdição estrangeira¹⁹⁰⁵. Segundo a fórmula elaborada pelo juiz JACKSON, no referido caso *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, “*a court may resist imposition upon its jurisdiction even when jurisdiction is authorized*”¹⁹⁰⁶.

A invocação da excepção do *forum non conveniens* quando for bem sucedida num primeiro tribunal, pode originar uma prescrição se a parte contra quem foi oposta recorrer a um segundo tribunal que decline também a sua competência. A dupla aplicação da excepção do *forum non conveniens* pode provocar uma situação de denegação de justiça para uma das partes litigantes. Uma das formas de resolver essa situação é determinar que a parte que alegue a excepção do *forum non conveniens* renuncie à invocação da prescrição se um segundo tribunal vier a declinar a sua competência de modo a que a parte contra quem tal excepção for levantada, não se encontre em situação de denegação de justiça.

¹⁹⁰³ BERTRAND DERAIS; ERIC ORDWAY, “Panorama de jurisprudence américaine”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Vol. II, cit., p. 417.

¹⁹⁰⁴ BERTRAND DERAIS; ERIC ORDWAY, “Panorama de jurisprudence américaine”, Vol. II, cit., p. 420.

¹⁹⁰⁵ HAROLD HONGJU KOH, *Transnational Litigation in United States Courts*, Foundation Press/Thomson West, 2008, pp. 158-159.

¹⁹⁰⁶ HAROLD HONGJU KOH, *Transnational Litigation in United States Courts*, cit., p. 156; MAGGIE GARDNER, “Retiring Forum Non Conveniens”, cit., p. 403.

4.3. Sentenças baseadas em convenções arbitrais orais: pode o artigo VII, n.º 1 da CNI permitir o seu reconhecimento? *Towards a triumph of substance over form*¹⁹⁰⁷

I. Na sua 61.^a sessão decorrida em 7 de Julho de 2006, a Assembleia-Geral da CNUDCI adoptou uma versão revista do artigo 7.º da Lei-Modelo sobre a arbitragem comercial internacional que prescinde da exigência da forma escrita como condição de validade da convenção de arbitragem¹⁹⁰⁸. A segunda opção do artigo 7.º limita-se a definir a convenção de arbitragem, suprimindo qualquer exigência de forma.

De acordo com o referido artigo: “‘Convenção de arbitragem’ é uma convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual”. A solução apresenta a vantagem de possibilitar a realização de arbitragens em relação a contratos financeiros, designados “sem papéis” (contratos digitais, contratos verbais ou através de internet)¹⁹⁰⁹. Colocou-se, no entanto, a questão

¹⁹⁰⁷ ANDREA MARCO STEINGRUBER, *Notion, Nature and extent of consent in International Arbitration*, Queen Mary University of London, 2009, p. 114; PETER BINDER, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, cit., p. 103.

¹⁹⁰⁸ A favor desta solução, veja-se: SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, cit., p. 220.

¹⁹⁰⁹ LOUIS DEGOS, “La CNUDCI abandonne l’exigence d’écrit pour la convention d’arbitrage”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, sous la direction de Alexis Mourre, vol. IV, Editions A. Pedone, 2008, p. 22; PETER BINDER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, cit., p. 110; DENIS PHILIPPE, “Modernisation of the Belgian law on arbitration”, in *DAOR*, 2014, Liv. 109, p. 9; PIERRE A. KARRER, “La convention d’arbitrage en droit suisse – Forme, validité, portée?”, in *Mélanges en l’honneur de François Knoepfler*, Bâle, 2005, p. 184); ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema 21. Arbitraje privado internacional”, cit., p. 1773: “Existe toda una pléyade de supuestos, muy usuales en la práctica comercial internacional, en los que el convenio arbitral no respeta las condiciones de forma prescritas por el citado art. CNY 1958. Por ejemplo: los convenios arbitrales contenidos en ciertas ‘condiciones generales de contratación’ a las que no remite claramente el contrato, los convenios arbitrales contenidos en ‘contratos modificados por otros contratos’, en los que la cláusula compromissória figura en el contrato antiguo, pero no consta en el contrato que lo sustituye, los convenios arbitrales contenidos en ‘acuerdos puramente verbales’, los convenios arbitrales contenidos en ‘usos mercantiles’, los convénios arbitrales concluidos mediante la ‘mera comparecencia de las partes’ sin mediar ‘acuerdo formal previo’, los convenios arbitrales conocidos como la ‘cláusula semi-escrita’, en la que se procede a una designación unilateral por una de las partes del recurso al arbitraje seguida por el silencio de la otra, como há descrito E. Mezger. La mayor parte de estos ‘convenios arbitrales informales’ no son ‘acuerdos por escrito’ que satisfacen los requisitos de forma que requiere el art. II CNY 1958. En efecto, la mayor parte de tales convénios arbitrales no revisten forma escrita y/o no han sido ‘firmados por las partes’, como exige el precepto citado. Estos ‘convenios arbitrales informales’, aunque con las exigências de forma requeridas por el art. II CNY 1958, pueden ser considerados válidos en cuanto a la forma si respetan lo establecido en el art. I.2ª) CGin. 1961”.

da sua compatibilização com a exigência formulada no n.º 2 do artigo II da CNI, de 1958. Com efeito, o mecanismo de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras da CNI, baseia-se na existência de uma convenção de arbitragem escrita¹⁹¹⁰. Na questão de saber se a regra “*the most-favourable-law provision*” pode operar no sentido de permitir o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras que se fundam em convenções arbitrais orais, há que considerar três posições que a seguir discriminamos:

II. Existe uma corrente doutrinária favorável ao reconhecimento de sentença arbitral baseada numa convenção de arbitragem oral em sede de reconhecimento da CNI ao abrigo do artigo VII da referida Convenção. LOUIS DEGOS¹⁹¹¹ defende que o requisito da forma escrita, destinado a proteger e advertir, participa de uma desconfiança em relação à arbitragem. A tendência legislativa actual apontaria para a exigência da escrita como uma condição *ad probationem*, e não *ad validitatem*¹⁹¹². Assim, a admissão da convenção de arbitragem verbal no âmbito do reconhecimento de sentenças arbitrais contribui para reforçar a sua validade e melhorar a sua circulação. No dizer do referido autor¹⁹¹³: “*Nul doute que cette absence de formalisme conduira aussi à une meilleure circulation de la clause compromissoire, laquelle pourra s’étendre et se transmettre sans condition de forme particulière notamment dans les*

¹⁹¹⁰ O art. 1.º do Regulamento de arbitragem da CNUDCI de 2010 já não impõe o requisito da forma escrita. De acordo com o n.º 1 do artigo 1.º do Regulamento da CNUDCI de 2010: “Where parties have agreed that disputes between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, shall be referred to arbitration under UNCITRAL Arbitration Rules, then such disputes shall be settled in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may agree”. O n.º 1 do artigo 1.º do Regulamento de 1976 tinha a seguinte redacção: “Where the parties to a contract have agreed in writing that disputes in relation to a contract shall be referred to arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, then such disputes shall be settled in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may agree in writing”. Durante os debates do grupo de trabalho encarregado da revisão do referido Regulamento, alguns delegados opuseram-se à mudança, apresentando os seguintes argumentos: (i) a exigência da escrita implica clareza e conformidade da vontade das partes; (ii) o requisito da escrita no Regulamento serve para lembrar às partes que a convenção de arbitragem deve ser escrita; (iii) a escrita serve de base à actuação da autoridade de nomeação; ou (iv) permite às partes esclarecer qual a versão do Regulamento aplicável. Um consenso foi alcançado entre os delegados no sentido de se eliminar o requisito da forma escrita da convenção de arbitragem para a aplicabilidade do Regulamento da UNCITRAL (2010). Ao prever tal requisito, o Regulamento entraria em conflito com as legislações nacionais que o abandonaram. Por conseguinte, a ausência deste requisito permite uma harmonização do Direito da Arbitragem internacional (DAVID D. CARON; LEE M. CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules, A Commentary*, cit., pp. 18-19; LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 84).

¹⁹¹¹ LOUIS DEGOS, “La CNUDCI abandonne l’exigence d’écrit pour la convention d’arbitrage”, cit., p. 29.

¹⁹¹² LOUIS DEGOS, “La CNUDCI abandonne l’exigence d’écrit pour la convention d’arbitrage”, cit., p. 29.

¹⁹¹³ LOUIS DEGOS, “La CNUDCI abandonne l’exigence d’écrit pour la convention d’arbitrage”, cit., p. 29.

situations, bien connues du droit français, des groupes de sociétés ou des groupes de contrats”.

III. Para a Professora CORDERO MOSS¹⁹¹⁴, da Universidade de Oslo, o artigo VII da CNI não responde aos problemas que possam surgir sobre as incompatibilidades das legislações estaduais quanto aos requisitos de forma da convenção de arbitragem. Se determinada legislação estadual aceitar a validade da convenção de arbitragem oral, o problema que pode surgir perante os tribunais do país de reconhecimento que se fundam no artigo II da CNI ou na sua própria legislação impondo o requisito da escrita, não pode ser resolvido com base no artigo VII da CNI.

Pois, segundo a referida autora¹⁹¹⁵, a recomendação da CNUDCI, constante do anexo ao Relatório dos trabalhos da sua 39ª sessão (19 de Junho a 7 de Julho de 2006)¹⁹¹⁶ para a compatibilização da segunda opção do artigo 7 da Lei-Modelo com o artigo II da CNI, visa apenas a tomada em consideração por este último dos mais modernos meios de comunicação, tais como telegramas, faxes e demais meios de comunicação electrónicos ao abrigo do artigo VII, n.º 1 da referida Convenção¹⁹¹⁷.

IV. Uma tese pragmática merece uma especial atenção. Conforme referido *supra*, existem legislações nacionais que admitem a validade da convenção arbitral oral. Por exemplo, a actual legislação belga em matéria da arbitragem (artigo 1681 do CJB)

¹⁹¹⁴ GIUDITTA CORDERO MOSS, “Form of Arbitration Agreements: Current Developments within UNCITRAL and the writing Requirement of the New York Convention”, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 18, N.º 2, 2007, p. 63.

¹⁹¹⁵ GIUDITTA CORDERO MOSS, “Form of Arbitration Agreements: Current Developments within UNCITRAL and the writing Requirement of the New York Convention”, cit., p. 63.

¹⁹¹⁶ O texto da recomendação tem o seguinte teor: “(...) Tenant compte d’instruments juridiques internationaux comme la loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international de 1985, telle que modifiée ultérieurement, en particulier en ce qui concerne son article 73, la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et la Convention des Nations Unies sur l’utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux; tenant compte également des lois internes, ainsi que de la jurisprudence, plus favorables que la Convention à l’égard de l’exigence de forme régissant les conventions d’arbitrage, les procédures d’arbitrage et l’exécution des sentences arbitrales; Considérant qu’il faut tenir compte, pour l’interprétation de la Convention, de la nécessité de promouvoir la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales; 1- Recommande qu’on applique le paragraphe 2 de l’article II de la Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York, le 10 juin 1958, en reconnaissant que les cas s’y trouvant ne sont pas exhaustifs” (Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/558/16/PDF/V0655816.pdf>).

¹⁹¹⁷ Veja-se também: LOUIS DEGOS, “La CNUDCI abandonne l’exigence d’écrit pour la convention d’arbitrage”, cit., pp. 26-29; DIDIER MATRAY; GAUTIER MATRAY, “La rédaction de la convention d’arbitrage”, in *La convention d’arbitrage – Groupes de sociétés et groupes de contrats*, Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 30.

já não exige que a convenção de arbitragem seja escrita, como requeria o anterior artigo 1677.º do CJB. A convenção arbitral pode ser verbal, se a prova desta puder ser estabelecida, v.g., por testemunhas¹⁹¹⁸. Os trabalhos preparatórios referem que, nalguns sectores da economia, a escrita não é necessária, citando expressamente o transporte marítimo e o sector diamantífero¹⁹¹⁹.

A Professora belga MAUD PIERS¹⁹²⁰ anota nos seus comentários ao referido artigo 1681.º do Código Judiciário que o conceito de convenção de arbitragem oral promove o *favor arbitrandum* na Bélgica. O artigo VII da CNI permite à Bélgica atenuar o rigor da forma escrita prevista pelo artigo II da CNI¹⁹²¹. No entanto, a referida

¹⁹¹⁸ DENIS PHILIPPE, “Modernisation of the Belgian law on arbitration”, in *DAOR*, 2014, Liv. 109, p. 9; OLIVIER CAPRASSE, “Le nouveau droit belge de l’arbitrage”, cit., p. 959. Pierre Karrer opõe-se à afirmação segundo a qual a exigência da forma escrita serviria para a protecção das partes contra a sua própria inconsciência, prevenindo-as de prescindir, com ligeireza, do seu juiz estadual natural. Segundo este autor, “cette vue des choses est (...) complètement dépassée. Depuis au moins une cinquantaine d’années l’arbitrage commercial international est la façon normale de régler les différends dans le commerce international. On ne voit pas pourquoi on permettrait aux parties de conclure des contrats pour des millions d’euros au téléphone, mais on leur défendrait d’assortir une telle convention d’une convention d’arbitrage prévoyant la façon dont des différends y afférant pourront être réglés” (PIERRE A. KARRER, “La convention d’arbitrage en droit suisse – Forme, validité, portée?”, cit., p. 184).

¹⁹¹⁹ DENIS PHILIPPE, “Modernisation of the Belgian law on arbitration”, cit., p. 9; OLIVIER CAPRASSE, “Le nouveau droit belge de l’arbitrage”, cit., p. 959, nota de rodapé n.º 16; No Direito inglês, o *Arbitration Act* exige que a convenção de arbitragem, sob pena de nulidade, seja escrita, sem no entanto obrigar a que a mesma seja assinada pelas partes (n.º 1 *in fine* do artigo 5.º). A singularidade deste diploma reside no facto de o mesmo reconhecer a existência de uma convenção arbitral não escrita (oral) quando foi gravada por uma das partes ou por terceiro com a autorização da outra parte (n.º 4, artigo 5.º). Considera-se que a autorização foi dada quando as partes tinham conhecimento de que a conversa entre elas estava a ser gravada. Também se admite a convenção arbitral não escrita quando a existência desta é afirmada pela parte requerente na sua petição e que a requerida, respondendo, não contestou tal afirmação, constituindo esta troca um acordo escrito das partes (n.º 5 do artigo 5.º). Lew, Mistelis e Kroll afirmam que o formalismo nem sempre reflete as práticas comerciais, reconhecendo que existem domínios em que elas permitem a celebração verbal ou oral de contratos multi-milionários em dólares americanos. Não há, segundo estes autores, nenhuma justificação para sujeitar a convenção de arbitragem a exigências formais mais rigorosas que quaisquer outras disposições contratuais. “This all supports the complete abolition of the ‘in-writing’ requirement” (D. M. JULIAN LEW; LOUKAS A. MISTELIS; STEFAN MICHAEL KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., pp. 130-131; LINO DIAMVUTU, *A convenção de Arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 85).

¹⁹²⁰ MAUD PIERS, “Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter II: Article 1681”, in Niuscha Bassiri and Maarten Draye (eds), *Arbitration in Belgium*, Kluwer Law International, 2016, p. 83.

¹⁹²¹ No Direito alemão, veja-se: PETER F. SCHLOSSER, “German Arbitration Law and the UNCITRAL Model Law”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2010, p. 126; ROLF TRITTMANN; INKA HANEFELD, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1031 – Form of Arbitration Agreement”, in Patricia Nacimiento, Stefan Michael Kroll, et al. (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, pp. 105-115; No direito inglês, Andrew Tweeddale e Keren Tweeddale observam que “An oral arbitration agreement which is not evidenced in writing is not invalid. It is enforceable at common law. However, an arbitration under an oral arbitration agreement is not subject to the Arbitration Act 1996. The requirements of section 5 of the Arbitration Act 1996 now make it difficult for an arbitration to be conducted if it is outside the scope of the Act. Where both the arbitration agreement and the underlying contract are oral then it is also

autora chama a atenção para a dificuldade de fazer a prova de uma convenção de arbitragem oral. Assim, para se evitarem constrangimentos no momento do reconhecimento da sentença, sugere que as partes confirmem a convenção de arbitragem oral por escrito, por exemplo, nos “Termos de Referência” ou em documentos similares¹⁹²².

Ademais, o Professor THOMAS CLAY¹⁹²³ admite que a “Acta de Missão” possa valer como compromisso quando não contenha a indicação de uma contestação da competência dos árbitros, e determine o objecto do litígio e os árbitros. Embora sejamos favorável à admissibilidade da convenção arbitral oral, há que reconhecer o mérito de uma solução eivada de utilidade prática incontestável.

Por fim, a teoria alemã do “*halbe Schriftlichkeit*”, admitindo que a exigência de forma da convenção de arbitragem possa ser preenchida por uma única parte, revela-se uma solução muito interessante¹⁹²⁴. De acordo com esta doutrina, a parte que alega a existência de uma convenção de arbitragem deve provar que a mesma fez expressamente objecto de um acordo oral, que a confirmação escrita foi recebida pela outra parte, e que a mesma não levantou qualquer objecção a seu respeito, podendo a referida confirmação provir de qualquer uma das partes. Por conseguinte, a forma escrita é satisfeita por uma única parte e a aceitação da outra parte é oral ou procede de

likely that the very existence of these agreements would be called into doubt” (ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes* ..., cit., p. 509).

¹⁹²² MAUD PIERS, “Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter II: Article 1681”, cit., p. 83: “The concept of an (unwritten) arbitration agreement promotes the favor arbitrandum trend strived for in Belgium. It is accepted that the ‘more favourable law provision’ in Article VII of the New York Convention effectively allows Belgian law to deviate from the stricter writing requirement stipulated in Article II of the New York Convention (...) the modern approach concerning the arbitration agreement may contradict Article 1720, § 4 BJC which requires that the parties enclose with their request for recognition or enforcement the original or certified copy of the arbitral award and of the arbitration agreement. It is unclear how one will produce an oral arbitration agreement. To avoid any problems at the enforcement stage, it is therefore recommended to confirm an oral agreement to arbitrate in writing at the outset of the arbitration proceedings, for example in the terms of reference or similar documents”.

¹⁹²³ THOMAS CLAY, *L'arbitre*, cit., p. 540, n.º 685.

¹⁹²⁴ Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé, 11 janvier 2017, p. 9; disponível em: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-01-11/vn-ber-f.pdf>; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit. p. 96.

comportamentos concludentes¹⁹²⁵. Trata-se no fundo de um aligeiramento do carácter bilateral da exigência de forma. Não se trata *in casu* da sua completa eliminação¹⁹²⁶.

¹⁹²⁵ PHILIPPE BÄRTSCH, “‘Consent’ in Sports Arbitration: Which lessons for arbitration based on clauses in Bylaws of corporations, Associations, *etc*?”, in *Sports Arbitration: A coach for other players?*, ASA Special Series N.º 41, Elliot Geisinger; Elena Trbaldo-de Mestral (Eds.), Juris, 2015, p. 105.

¹⁹²⁶ O n.º 2 do § 1031.º do ZPO aborda a situação que ocorre quando, após uma série de comunicações orais, escritas ou por meios electrónicos entre as partes, um dos negociadores receba a confirmação escrita do outro, dando por celebrado o contrato contendo uma cláusula compromissória. De acordo com a denominada doutrina alemã de “*kaufmännisches Bestätigungsschreiben*” (*commercial letter of confirmation*) e a jurisprudência assente nesta matéria, tal confirmação quando não for contestada, implica a existência do acordo de vontades das partes desde que seja possível provar a efectividade das negociações e a ausência de má fé da parte que confirma a celebração do contrato. Outra situação a que se refere o n.º 2 do § 1031.º do ZPO é a da confirmação do mediador (*broker's confirmation*). Acontece que o mediador negoceie contratos entre as partes, cabendo-lhe a confirmação do acordo de vontades das mesmas e os termos por elas aceites. Em regra, o mediador pede que as partes assinem o contrato e procedam à sua devolução. Não raras vezes tem acontecido que uma das partes falhe em confirmar o contrato. Nesta situação, a confirmação não contestada do mediador obriga ambas as partes (PETER F. SCHLOSSER, “German Arbitration Law and the UNCITRAL Model Law”, cit., p. 126; veja-se também: LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 86).

Secção II

O *favor arbitrandum*: um princípio positivo supralegal

Analísado o conteúdo do *favor arbitrandum* enquanto critério interpretativo-decisional, importa agora apreciar se, numa abstracção de segundo grau, se pode retirar das suas manifestações um princípio supralegal que orientaria quer o legislador na formulação das normas sobre a arbitragem, quer o julgador na aplicação das mesmas. Não nos resta a menor dúvida de que o *favor arbitrandum* é um princípio positivo, por se tratar de um princípio induzido a partir de um conjunto de disposições legais ou de aplicações jurisprudenciais. Não independe do Direito positivo.

À questão de saber se o *favor arbitrandum* apresenta-se também como um princípio supralegal, a nossa resposta é afirmativa. Na grande maioria dos Estados membros da CNI, o princípio impõe-se ao próprio legislador aquando da feitura ou revisão de leis em matéria da arbitragem. Parece-nos, por um lado, de afastar a hipótese de um Estado que, pretendendo adoptar uma legislação sobre a arbitragem ou rever a sua legislação arbitral, o faça de maneira a colidir frontalmente com os grandes princípios gerais do Direito da Arbitragem ou com soluções favoráveis ao regime jurídico da convenção da arbitragem e da sentença arbitral universalmente consagrados. As recentes modificações legislativas corroboram esta afirmação. Vejam-se os casos da Inglaterra (1996), do Brasil (1996, 2015), de Angola (2003), da França (2011), de Portugal (2012), da Bélgica (2013) e da Espanha (2015).

Por outro lado, não nos parece lógico que, nos dias de hoje, um Estado pretenda promover a sua economia sem adoptar uma legislação sobre a arbitragem inspirada pelo *favor arbitrandum*. Uma doutrina relativamente recente, favorável à afirmação de uma dimensão supralegal do princípio do *favor arbitrandum*, vem cada vez mais conquistando espaço. De acordo com o Professor MIGUEL GÓMEZ JENE¹⁹²⁷, “*Puede afirmarse (...) que ‘el favor arbitrandum’ está ampliamente reconocido a nivel mundial. De hecho, desde el punto de vista del Derecho comparado, se constata que en las últimas décadas los legisladores se han esforzado denodadamente por promulgar um marco legal favorable al desarrollo del arbitraje internacional*”.

Na sua dimensão supralegal, o *favor arbitrandum* pode ser analisado como uma directriz que orienta o legislador no sentido da formulação de normas pró-arbitragem

¹⁹²⁷ MIGUEL GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, cit., p. 55.

(1) ou uma directriz que orienta a interpretação e a integração normativas no sentido do desenvolvimento da arbitragem (2).

1. Directriz que orienta o legislador no sentido da formulação de normas pró-arbitragem

I. A palavra “directriz” deriva do latim “*rector (-oris)*” que significa condutor, director, *etc.*¹⁹²⁸. Numa primeira acepção, o princípio do *favor arbitrandum* constitui uma directriz que se impõe ao legislador para a elaboração de normas que favoreçam a validade da convenção de arbitragem, a competência do tribunal arbitral, a validade e o reconhecimento da sentença arbitral. Muito explicitamente o formulou a Professora JARA VÁSQUEZ¹⁹²⁹, que se refere ao princípio do *favor arbitri* ou *favor arbitralis* como “*una directriz que orienta la formulación y la aplicación de normas que en última instancia precautelan el derecho a tutela efectiva de los ciudadanos mediante la conservación de la vigencia del convenio arbitral o del laudo arbitral frente a intervenciones de la justicia estatal*”.

Esta definição situa o *favor arbitrandum* na constelação dos princípios supraleais, o qual influencia a favorabilidade das normas sobre a arbitragem. Assim, quando determinada legislação sobre arbitragem previu, por exemplo, disposições favoráveis à autonomia da convenção de arbitragem, à arbitrabilidade dos litígios, ou restringiu as situações de impugnação de sentenças arbitrais, *etc.*, diz-se que se tratou de uma legislação caracterizada pelo *favor arbitrandum*.

Para a Professora VAN DE CASTEELE, o princípio do favorecimento é um princípio geral que ocupa um lugar cimeiro e central na arquitectura dos princípios do Direito da Arbitragem. Por um lado, o princípio do favorecimento tem um valor “ultra-normativo” (*ultra-normatif*), na medida em que antecede os princípios que gera¹⁹³⁰. E possui uma força normativa extraordinária com um *modus operandi* que preenche duas funções: afastar as regras materiais normalmente aplicáveis quando o seu resultado for incompatível com as necessidades do comércio internacional; e tutelar a segurança

¹⁹²⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Vernáculo jurídico: directrizes ou directivas”, in *ROA*, Ano 64, Vol. I/II, Nov. 2004, N.ºs 1 e 3; disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/temas-e-referencias/antonio-menezes-cordeiro-vernaculo-juridico-directrizes-ou-directivas/>

¹⁹²⁹ MARIA ELENA JARA VÁSQUEZ, “Decisiones de la Justicia Estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio *favor arbitralis*”, cit., p. 164.

¹⁹³⁰ LAURE BERNEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 57; veja-se também: ALDO MASCAREÑO, “Colisión y armonización de regímenes regulatorios en la sociedad mundial”, in *Campo Jurídico*, vol. 3, n.º 1, Maio, 2015, p. 163. Este autor refere-se a “el principio general *favor arbitrandum*”.

jurídica dos operadores económicos, afastando a regra de conflito de leis que ponha em causa a confiança destes¹⁹³¹.

NIANG¹⁹³² defende que o *favor arbitrandum* tornou-se uma constante nas políticas legislativas e judiciárias sobre a arbitragem, e atravessa toda a sua matéria. Segundo o autor: “*Qu’il procède d’une conviction politique profonde ou qu’il soit une figure imposée par la concurrence que se font les Etats pour attirer le contentieux arbitral, le favor arbitrandum est devenu une constante dans les politiques législatives et judiciaires sur l’arbitrage, tant et si bien qu’aucune étude sur ce mode privé de règlement des différends ne peut en faire l’économie. Qu’elle soit officiellement revendiquée ou qu’elle s’exprime seulement en filigrane des dispositions législatives et solutions jurisprudentielles, la faveur pour l’arbitrage traverse toute la matière et s’impose presque inmanquablement à l’appréciation de l’observateur*”.

Com efeito, os Estados modernos entenderam bem o papel importante que desempenha a arbitragem comercial internacional na resolução dos litígios do comércio internacional. PIERRE LALIVE¹⁹³³ afirma que “(...) *The liberal attitude of modern States as regards both contractual autonomy and arbitration may be said to be motivated by a general recognition of the advantages or necessity of globalization and of international economic commerce. (...) This favourable attitude of States is shown for instance by the national legislations limiting or excluding the jurisdiction of national Courts in case of valid arbitration agreement restricting the possibilities of ‘appeals’ against awards, or lending assistance for the enforcement of Awards*”.

II. É essa percepção que leva vários autores a referirem-se às suas legislações nacionais respectivas como sendo caracterizadas pelo *favor arbitrandum*. O Professor MOURA VICENTE¹⁹³⁴, fazendo uma avaliação dos cinco anos de aplicação da LAVP, salienta o “*favor arbitrandum* (...) que inspira a própria LAV”, por um lado. Por outro

¹⁹³¹ LAURE BERNEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 57.

¹⁹³² ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 458.

¹⁹³³ LALIVE, PIERRE, “Absolute Finality of Arbitral Awards”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2008, p. 110-111.

¹⁹³⁴ DÁRIO MOURA VICENTE, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, cit., pp. 9-10.

lado, observa que o “*favor arbitrandum* (...) inspira quase universalmente o regime da arbitragem internacional”¹⁹³⁵.

O Professor belga OLIVIER CAPRASSE¹⁹³⁶, ao proceder à apresentação do novo Direito da Arbitragem belga, resultante da reforma do Código de Processo Judiciário de 2013, salienta o facto de que o *favor arbitrandum* inspirou o legislador e presidiu à formulação de soluções mais favoráveis à arbitrabilidade dos litígios, bem como ao regime da impugnação de sentenças arbitrais e ao seu reconhecimento.

Assim, o intérprete deve necessariamente ter em consideração esse facto na aplicação das normas legais. No dizer do referido autor¹⁹³⁷: “*L’Esprit qui anime la réforme est donc celui de la favor arbitrandum, le législateur exposant sans ambiguïté sa volonté de ‘favoriser la localisation d’arbitrages internationaux en Belgique et [d’]éviter que des arbitrages nationaux soient délocalisés’. Cette véritable déclaration de soutien devra toujours être présente à l’esprit de ceux qui auront à interpréter et appliquer les textes nouveaux (...)*”. Por outras palavras, quando o texto legislativo foi inspirado pelo *favor arbitrandum*, a sua interpretação deve ser feita tendo em atenção esse mesmo princípio.

¹⁹³⁵ DÁRIO MOURA VICENTE, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, cit., p. 167.

¹⁹³⁶ OLIVIER CAPRASSE, “Le nouveau droit belge de l’arbitrage”, in *Revue de l’arbitrage*, 2013, N.º 4, pp. 956 e 975.

¹⁹³⁷ OLIVIER CAPRASSE, “Le nouveau droit belge de l’arbitrage”, cit., p. 956.

2. Directriz que orienta a interpretação e a integração normativas no sentido do desenvolvimento da arbitragem

2.1. Conteúdo do princípio

I. Uma segunda acepção do princípio na sua vertente supralegal consiste no seu papel de directriz orientadora da interpretação e integração das normas legais no sentido do desenvolvimento da arbitragem. Entende-se aqui uma presunção de que o legislador não poderia ter pretendido consagrar uma norma que desfavoreça a realização das arbitragens internacionais num contexto de economia globalizada.

As manifestações legais a favor da convenção (autonomia da convenção arbitral, a regra da conexão alternativa para a validação da convenção de arbitragem, a regra da inoponibilidade à contraparte das excepções do Direito interno do Estado parte à arbitragem, a validade da cláusula arbitral por referência) da competência do tribunal arbitral (o princípio da competência-competência, o alargamento do critério legal da arbitrabilidade) e da sentença arbitral (a validade da sentença proferida *extra potestatem*, a exclusão do recurso de mérito da sentença arbitral, a recusa do reconhecimento da sentença arbitral por violação da ordem pública internacional) permitem proceder a uma abstracção de segundo grau segundo a qual o legislador tende a fazer evoluir as normas em matéria de resolução de litígios por via da arbitragem.

O legislador consagra as soluções encontradas pela doutrina ou pela jurisprudência no sentido do desenvolvimento da arbitragem, mormente da arbitragem internacional. Por conseguinte, ao interpretar a legislação, entre uma solução que desencoraja a arbitragem e uma outra que aponta o caminho da evolução do Direito da Arbitragem, deve-se preferir a segunda. O intérprete deve então encorajar a solução de litígios por via da arbitragem e favorecer o seu desenvolvimento.

Para o Professor FRÉDÉRIC BACHAND¹⁹³⁸, o intérprete chamado a determinar o sentido das regras sobre arbitragem deve evitar qualquer desconfiança em relação à justiça privada e deve ter em conta o facto de que deve encorajar e favorecer o

¹⁹³⁸ FRÉDÉRIC BACHAND, “Note – Cour suprême du Canada, 21 mars 2003, cit., p. 487.

desenvolvimento da arbitragem¹⁹³⁹. Trata-se de uma posição inequívoca que vai no sentido do actual clima favorável à arbitragem no plano internacional¹⁹⁴⁰.

Interessa reproduzir aqui o pronunciamento do ilustre Professor: “(...) *Non seulement le recours à la justice privée est permis, mais le législateur a aussi voulu en favoriser le développement. Voilà donc énoncée une seconde idée fondamentale – celle de la faveur envers le développement de l’arbitrage, qui s’ajoute à celle de la légitimité de l’arbitrage – dont la Cour dégage implicitement une directive interprétative d’une très grande importance: non seulement l’interprète appelé à préciser le sens des règles de l’arbitrage doit-il éviter de faire preuve d’une quelconque méfiance envers la justice privée, il doit aussi tenir compte du fait qu’elle doit être encouragée, que son développement doit être favorisé*”¹⁹⁴¹.

O número reduzido de acções em responsabilidade contra os árbitros, a execução voluntária de sentenças arbitrais revelam, de certo modo, a confiança que os operadores económicos, a nível mundial, depositam hoje na arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios. Por conseguinte, a sua legitimidade já não levanta dúvidas. É preciso, pelo contrário, encorajar a solução dos litígios pela arbitragem, facto que contribui necessariamente para a paz social. O desenvolvimento da arbitragem deve

¹⁹³⁹ FRÉDÉRIC BACHAND, “Note – Cour suprême du Canada, 21 mars 2003, cit., p. 487.

¹⁹⁴⁰ No entanto, no caso *Seidel* (2011) a *Cour Suprême* tomou uma posição mais céptica, em matéria de arbitragem de litígios de consumo. Segundo a *Cour Suprême*, “*the Court’s job is neither to promote nor detract from private and confidential arbitration*”. Posição retomada no caso *Hryniak v. Mauldin* (2014) em que afirmou que “*In some circles, private arbitration is increasingly seen as an alternative to a slow judicial process. But private arbitration is not the solution since, without an accessible public forum for the adjudication of disputes, the rule of law is threatened and the development of the common law undetermined*”. Com estes dois pronunciamentos, a *Cour Suprême* do Canadá assumiu uma postura quase anti-arbitragem. Para ela, o seu papel não consiste em promover, nem em desfavorecer a arbitragem. Por outro lado, a arbitragem constituiria um empecilho ao desenvolvimento pelos tribunais comerciais da legislação (FRÉDÉRIC BACHAND, “*Favor arbitrandum and the Supreme Court of Canada: More Red Flags*”, *McGill University Faculty of Law*, Outubro 6, 2014; Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/10/06/favor-arbitrandum-and-the-supreme-court-of-canada-more-red-flags/>).

¹⁹⁴¹ STEFANO CERRATO procede a uma reflexão muito similar ao analisar as questões relativas à admissibilidade da cláusula de arbitragem societária no direito italiano. Conclui este autor que compete, em primeiro lugar, aos operadores e aos juízes a delicada tarefa de potencializar ao máximo o novo quadro da arbitragem societária desenvolvendo novos paradigmas hermenêuticos inspirados pelo princípio do *favor arbitratu* acolhido pelo legislador italiano, libertando-o dos seus muitos “atacadores e cintas”. “(...) corresponde a los operadores, y a los jueces en primer lugar, la delicada tarea de aprovechar al máximo las potencialidades del “nuevo” arbitraje societario, ‘inspirándose’, talvez, en las experiencias extranjeras. Y es ciertamente deseable que se desarrollen nuevos paradigmas hermenéuticos inspirados en el principio del *favor arbitratu* (*favor arbitri*?) acogido por el legislador: de esta manera se podrá llegar a una progresiva revisión crítica de algunas posiciones interpretativas del pasado, que libere la institución arbitral de su pesada carga burocrática o utilizando la brillante expresión de Guido Carli de sus muchos ‘lacci e lacciuoli’” (STEFANO A. CERRATO, “La cláusula de arbitraje societario”, in *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer España, 2015, Vol. 2015, Issue 23, p. 32).

ser encorajado, num contexto de economia globalizada, na mira da transparência do comércio internacional¹⁹⁴².

II. O Professor MOURA VICENTE¹⁹⁴³ observa que ocorreram significativos desenvolvimentos na interpretação e aplicação jurisprudencial da LAVP de 2011, caracterizadas pelo *favor arbitrandum*. Na mesma linha, OLIVEIRA e outros¹⁹⁴⁴ afirmam que “na interpretação ‘internacional’ das normas da LAV os princípios *pro arbitratis*, *pro actum*, do favor da arbitragem e da validade de actos jurídicos processuais, têm aqui um valor reforçado, como o têm também – nisso o art. 53.º/3 da LAV até o inculca – o da prevalência interpretativa ou integrativa das expressões e estipulações das partes e dos usos comerciais relevantes”¹⁹⁴⁵. Relativamente aos critérios de interpretação e integração da vontade convencional das partes ou do regime aplicável à arbitragem internacional, os mesmos autores respondem que “papel relevante na interpretação e integração da vontade convencional das partes ou do regime a aplicar à arbitragem internacional desempenham-no (...) o recurso ao direito comparado, não apenas à Lei Modelo mas também às leis dos países onde fomos buscar a inspiração para a adopção de regras paralelas da LAV e à jurisprudência arbitral estabilizada das Comissões, das *Cours* e dos Centros mais experimentados e reputados no universo da arbitragem, tendo sempre presente, contudo, a exigência de uma adaptação equilibrada às diversas culturas jurídicas, linguísticas e comerciais dos comentadores”¹⁹⁴⁶.

Um exemplo desta acepção do princípio do *favor arbitrandum* pode ser dado acerca do âmbito da supletividade e da inoperabilidade da norma constante do n.º 4 do artigo 10º da LAVP. Nos seus termos: “Salvo estipulação em contrário, se no prazo de 30 dias a contar da receção do pedido que a outra parte lhe faça nesse sentido, uma parte não designar o árbitro ou árbitros que lhe cabe escolher ou se os árbitros

¹⁹⁴² Veja-se: FRANCK NICÉPHORE YOUNGONÉ, *Arbitrage commercial international e développement*, cit., 2016.

¹⁹⁴³ DÁRIO MOURA VICENTE, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, cit., pp. 9-10; veja-se também: SOFIA RIBEIRO MENDES, “Cinco anos de vigência da LAV: *Favor arbitrandum* na interpretação e aplicação jurisprudencial?”, in *XI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2018, p. 32.

¹⁹⁴⁴ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária comentada*, cit., pp. 612-613.

¹⁹⁴⁵ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária comentada*, cit., pp. 612-613.

¹⁹⁴⁶ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária comentada*, cit., p. 613.

designados pelas partes não acordarem na escolha do árbitro presidente no prazo de 30 dias a contar da designação do último deles, a designação do árbitro ou árbitros em falta é feita, a pedido de qualquer das partes, pelo tribunal estadual competente”. No caso de falhar também o recurso ao modo de suprimento convencionado pelas partes (para a falta de designação de árbitro pela parte interpelada ou para a falta de acordo dos árbitros designados sobre a nomeação do presidente), deve ser dada a qualquer delas a possibilidade de recorrer em última instância ao tribunal estadual nos termos adaptados (nomeadamente quanto ao momento do início da contagem do prazo de 30 dias) constantes deste n.º 4¹⁹⁴⁷.

Para OLIVEIRA¹⁹⁴⁸ e outros, “não (...) parece dever rejeitar-se liminarmente essa possibilidade, embora seja certo que o legislador não a previu expressamente – mas também não a recusou. Por outro lado, admiti-la é ainda uma manifestação do *favor arbitratis*, que domina toda a LAV, pelo que responderíamos afirmativamente àquela questão – no caso, claro, de não haver vestígios de uma vontade hipotética das partes em sentido diverso –, entendendo-se então que, na hipótese de se frustrar o modo por elas previsto para suprir as faltas de designação previstas no n.º 4 do art. 10.º, qualquer uma pode requerer ao (presidente do) tribunal estadual competente, no prazo de 30 dias, que proceda, em segunda ou última instância, digamos assim, à designação do ou dos árbitros em falta”. No mesmo sentido defende JOSÉ MIGUEL JÚDICE¹⁹⁴⁹ que “(...) a entidade de nomeação pode não se desobrigar tempestivamente (e, acrescenta-se aqui, até recusar a missão), caso em que o princípio do *favor arbitratis* impõe que se possa recorrer ao tribunal estadual (...)”.

É neste sentido de directriz interpretativa das normas que o mesmo autor, debruçando-se sobre a questão de saber se os árbitros têm poderes e competência para determinar – sem a explícita vontade das partes – que uma fase de mediação se insira no tempo do processo arbitral, ou se o tempo a tomar para a mediação deve ser descontado do prazo da arbitragem, ou ainda se os árbitros podem indicar um mediador ou se podem os árbitros ter acesso ao relatório de mediação, refere que “na interpretação dos poderes dos Árbitros se deve aplicar o princípio do *favor arbitratis* (...)”¹⁹⁵⁰.

¹⁹⁴⁷ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária comentada*, cit., p. 158.

¹⁹⁴⁸ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária comentada*, cit., pp. 158-159.

¹⁹⁴⁹ JOSÉ MIGUEL JÚDICE, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, cit., p. 49.

¹⁹⁵⁰ <http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03>.

Contudo, bem conclui o referido autor que “(...) as Partes quando pela arbitragem como meio de resolução de conflitos fazem valer uma potencialidade que o sistema jurídico lhes outorga, que é a de se submeterem a uma forma privada de Justiça, geneticamente sentida como um expoente do individualismo e do primado da vontade privada. Mas isso não pode ser confundido com um aval para que desse poder privado se possa partir para situações de exercício de direitos sem limites e sem medida, para que possam fazer actuar evoluções da vontade concreta, destruindo a certeza e a segurança que são valores essenciais do sistema jurídico (...)”. Assim, a nosso ver, o limite do princípio situa-se numa interpretação da lei no sentido da evolução do Direito da Arbitragem, sem no entanto violar o princípio fundamental da arbitragem que é o princípio da autonomia da vontade.

Mais recentemente, o Tribunal Superior de Justiça da Catalunha, em acórdão datado de 1 de Fevereiro de 2018¹⁹⁵¹, referiu-se ao princípio do *favor arbitri* para interpretar a legislação sobre a arbitragem espanhola, em relação à nomeação judicial de árbitros. Segundo o Tribunal, “*El art. 9 LA establece los elementos de la voluntad del convénio arbitral entre los cuales no se encuentra ni la forma de designar a los árbitros ni si debe ser de derecho o de equidade, prevaleciendo, en su interpretación, el principio de conservación del acuerdo de arbitraje o favor arbitri*”.

2.2. Aplicações feitas pelos tribunais portugueses

A lei sobre a arbitragem voluntária portuguesa é prodigiosamente pró-arbitragem, inserindo inúmeras disposições que revelam o interesse do legislador de tornar Lisboa numa plataforma da arbitragem internacional. Esta abertura reflecte-se obviamente na jurisprudência dos diferentes tribunais. As decisões judiciais proferidas na sequência da nova LAVP dão conta de uma aplicação *in favorem arbitrandum* da própria lei da arbitragem.

_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/01_Artigos_JMJ/A_arbitragem_e_a_mediacao.pdf

¹⁹⁵¹ <http://www.poderjudicial.es>

a) Sobre a validade da convenção de arbitragem e a competência do tribunal arbitral

No que respeita às cláusulas compromissórias inseridas em contratos de adesão, referimos as cinco decisões *infra*. Num primeiro caso, as partes haviam celebrado um contrato de *Swap*¹⁹⁵², contendo uma cláusula compromissória. Uma delas (a autora) sofreu prejuízos financeiros acumulados e decidiu intentar junto do tribunal judicial uma acção declarativa, visando obter a nulidade do contrato, entre outros argumentos, por violação das regras substantivas do regime das cláusulas contratuais gerais. A ré (o banco) nunca terá elucidado a autora do conteúdo e das consequências do contrato celebrado pelas partes. A ré contestou a acção, invocando a excepção de preterição de tribunal arbitral. No seu despacho saneador, o juiz julgou procedente a excepção dilatória de preterição do tribunal arbitral e absolveu a ré da instância.

O Tribunal da Relação de Lisboa confirmou a sentença recorrida. O Supremo Tribunal de Justiça decidiu, por acórdão datado de 28 de Maio de 2015¹⁹⁵³, que tendo tido lugar convenção de arbitragem tempestivamente invocada, só nos casos em que é manifesta a sua nulidade, ineficácia ou inexecuibilidade, devem os tribunais estaduais considerar-se competentes. Essa evidência não fica preenchida se a parte contra quem é invocada se limita a invocar a verificação dos requisitos das cláusulas contratuais gerais.

Num segundo caso, as partes haviam celebrado em 2008 um contrato de permuta de taxa de juro (contrato de *swap*). O contrato não representou qualquer possibilidade de ganho para a autora, contrariamente a todas as expectativas, e garantiu avultados e desproporcionais ganhos à ré (Banco). À acção judicial intentada contra a ré, esta invocou a excepção dilatória de preterição de tribunal arbitral. A autora alegou a improcedência da excepção invocada pelo facto de a cláusula que prevê o pacto

¹⁹⁵² *Swap* (permuta) é uma operação em que há troca de posições quanto ao risco e à rentabilidade, entre investidores. O contrato de troca pode ter como objecto moedas, *commodities* ou activos financeiros. *Swap* é um contrato que pode ser usado para protecção (*hedge* ou seguro) ou como investimento especulativo. Neste tipo de contratos, os investidores comprometem-se a pagar a oscilação de uma taxa ou do valor de um activo. Por exemplo, no caso do contrato cambial, considera-se a variação na cotação do dólar americano. As *swaps* mais comuns são *swap* da taxa de juros e *swap* cambial. Sobre a questão de saber se o artigo 437.º, n.º 1 do Código Civil é susceptível ou não de ser afastado por vontade das partes, veja-se: MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Autonomia privada e justiça contratual. Duas questões, nos 50 anos do Código Civil”, in *Edição comemorativa do Centenário – Código Civil*, Elsa Vaz de Sequeira; Fernando Oliveira e Sá (Coord.), Universidade Católica Editora, 2017, p. 240 e *passim*.

¹⁹⁵³ Proc. n.º 2040/13.0TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

privativo de jurisdição ter sido apresentada sem negociação, devendo ser apreciada no âmbito do regime das cláusulas contratuais gerais que a proíbem.

Em acórdão de 2 de Junho de 2015¹⁹⁵⁴, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que, confrontado com uma cláusula compromissória, o tribunal judicial só pode deixar de proferir a pertinente absolvição da instância se for manifesta, clara, patente, a invalidade ou a inexecutabilidade da cláusula. *In verbis*: “1. Como as partes acordaram numa convenção de arbitragem para os litígios decorrentes do contrato que celebraram e a acção foi proposta nos tribunais comuns, existiu, em violação da dita cláusula, a preterição de tribunal arbitral voluntário, o que gera a incompetência absoluta do tribunal, como decorre do disposto no art. 96.º, al. b), do NCPC (2013). Constitui esta irregularidade uma excepção dilatória, como resulta do art. 577.º, al. a) e, nesta conformidade, o tribunal não poderia conhecer do mérito da causa, determinando, antes, a absolvição da instância (art. 576.º, n.º 2, sempre do mesmo artigo). 2. O tribunal judicial só poderá deixar de proferir a pertinente absolvição da instância se for manifesta, clara, patente, a invalidade ou a inexecutabilidade da cláusula, o que não se verifica no caso (sendo também certo que a recorrente não invoca qualquer causa relevante que possa conduzir a essas ineficácias)”.

Num terceiro caso, um contrato de *swap* foi celebrado entre uma empresa de construção e um banco. A primeira parte intentou uma acção declarativa contra a segunda visando a sua condenação no pagamento, a título de indemnização, com fundamento na violação de deveres de informação, de certo valor. A ré invocou com sucesso a excepção de preterição de tribunal arbitral. A autora defendeu que a superveniência de uma situação de insuficiência económica de sua parte constituía uma causa legítima de incumprimento da convenção de arbitragem. Em acórdão datado de 26 de Abril de 2016¹⁹⁵⁵, o Supremo Tribunal de Justiça declarou que a ausência de possibilidades económicas para suportar os custos com a propositura de uma acção arbitral justifica que o tribunal judicial se exima do deferimento da excepção dilatória de preterição de tribunal arbitral oposta por uma parte à outra, sendo antes injuntiva a norma que obriga ao seu conhecimento e à imediata absolvição da instância.

¹⁹⁵⁴ Proc. n.º 1279/14.6TVLSB.S1, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, cit., p. 234.

¹⁹⁵⁵ Proc. n.º 1212/14.5T8LSB.L1.S1, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, cit., pp. 9.

Num quarto caso, um litígio que opôs um advogado à Sociedade de Advogados na qual ingressou como sócio de indústria, de 2006 a 31.12.2011. A sociedade de advogados foi constituída em 1991. O artigo 14.º do Acordo respeitante à constituição da sociedade previa uma cláusula compromissória para a solução de conflitos entre os sócios e a sociedade. Na sequência da acção intentada pelo sócio exonerado por justa causa contra a sociedade de advogados visando o pagamento de certa quantia, a sociedade invocou a excepção dilatória de preterição de tribunal arbitral. A 1ª Secção Cível da Instância Central da Comarca de Lisboa julgou improcedente a excepção, uma vez que na altura da acção (2014), o advogado já não tinha a qualidade de sócio da sociedade.

O Tribunal da Relação de Lisboa, por acórdão de 17.11.2015 revogou a decisão recorrida, tendo julgado procedente a excepção e absolvido a ré da instância. O Supremo Tribunal de Justiça, por acórdão datado de 12 de Maio de 2016¹⁹⁵⁶ decidiu negar a revista, confirmando-se o acórdão recorrido, nos seguintes termos: “Neste contrato, existe uma denominada cláusula compromissória de onde decorre que *‘qualquer conflito entre os sócios e a sociedade, que não possa ser resolvido em assembleia geral, será dirimido por três árbitros’*. Não se afigura manifesto que a convenção de arbitragem ínsita naquela cláusula seja nula, seja ou se tenha tornado ineficaz ou seja inexecutável, sendo que as questões levantadas pelo autor quanto a estes dois últimos aspetos, nomeadamente quanto à abrangência do litígio pela convenção, não podem ser subtraídos a uma primeira apreciação pelo tribunal arbitral, nos termos acima referidos, questões que são controvertidas e não de solução manifesta”.

Num quinto caso, as partes haviam negociado um contrato de empreitada para a construção de um pavilhão desportivo, incluíram uma cláusula a convencionar a arbitragem e essa intenção constava do caderno de encargos posto a concurso. Apesar de as partes terem chegado a acordo quanto ao essencial dos termos do contrato de empreitada, incluindo a convenção de arbitragem, uma delas pôs fim à possibilidade de assinatura, em 4 de Maio de 2015. Por acórdão de 6 de Abril de 2017¹⁹⁵⁷, o Supremo

¹⁹⁵⁶ Proc. n.º 710/14.5TVLSB-A.L1.S1.

¹⁹⁵⁷ AA Clube de Portugal instaurou, em 1 de Março de 2016, no Tribunal da Relação de Lisboa, contra BB – Engenharia, SA, acção de anulação da decisão interlocutória de 29 de Janeiro de 2016, proferida pelo Tribunal arbitral, no âmbito do processo n.º 20/2015/AHC/ASB, na qual se declarou competente para conhecer da acção ali proposta pela Ré contra a Autora. Para tanto, alegou ter sido instaurada pela Ré contra a Autora uma acção arbitral, na qual reclamou a indemnização de certo valor, decorrente do contrato de empreitada, para a construção de um pavilhão, e na qual a Autora arguiu a incompetência do Tribunal arbitral, por nulidade do contrato de empreitada, decorrente da inobservância

Tribunal português concluiu pela incompetência do tribunal arbitral uma vez que o contrato de empreitada onde constava a convenção arbitral não chegou a ser assinado pelas partes, tendo-o considerado inexistente por falta de assinatura.

O Supremo Tribunal de Justiça observa que tanto o contrato de empreitada como a convenção de arbitragem estavam obrigatoriamente sujeitos à redução a escrito. Lê-se: “Por isso, sem essa redução a escrito e a assinatura dos outorgantes, o contrato de empreitada, sendo inexistente, não podia ser fonte de obrigações, incluindo quanto à convenção de arbitragem. Na verdade, sendo a convenção de arbitragem parte integrante do contrato de empreitada e inexistindo este, por não ter sido formalmente outorgado, também tal cláusula padece de inexistência e, por isso, não pode ser vinculativa. Apesar do reconhecimento da autonomia da convenção de arbitragem em relação ao contrato de empreitada (art. 18.º, n.ºs 2 e 3, da LAV), a inexistência daquele não deixa de afetar também a existência da convenção de arbitragem, padecendo do mesmo vício. Para o efeito, é irrelevante que a intenção da arbitragem integrasse o caderno de encargos posto a concurso e que as partes tivessem também chegado a acordo quanto à sua consagração, pois o que verdadeiramente releva é a aceitação formal e recíproca do contrato de empreitada, que, como se viu, não aconteceu, nomeadamente por iniciativa exclusiva do Recorrente. Nesta perspectiva, não pode deixar de se concluir pela inexistência da convenção de arbitragem e, sendo assim, o Tribunal arbitral não tem competência material para conhecer da acção arbitral proposta pela recorrida contra o requerente, ao contrário do decidido pelo Tribunal arbitral, independentemente da posição que pudesse ser tomada quanto à alegada violação do segredo profissional”.

Inconformada com esta posição, a Conselheira MARIA DOS PRAZERES BELEZA emitiu a declaração de voto de vencida nos seguintes termos: “Vencida. Pelas razões constantes da decisão arbitral e do acórdão recorrido, negaria provimento ao recurso. Em curta síntese, porque suponho que, para o efeito da apreciação da sua própria competência pelo tribunal arbitral, a cláusula compromissória considera-se como um acordo autónomo (n.ºs 1 e 2 do artigo 18.º LAV). Ora a cláusula agora em causa respeita

da forma legalmente prescrita, estendida à cláusula compromissória. Contestou a Ré, alegando que a convenção de arbitragem foi reduzida a escrito, sendo válida, em face do estatuído no art. 18.º, n.ºs 2 e 3 da LAV, e concluindo pela improcedência da acção. Por Acórdão de 11 de Outubro de 2016, a acção de anulação foi julgada improcedente pela Relação de Lisboa. Inconformado com tal Acórdão, o Autor recorreu para o Supremo Tribunal de Justiça, que concluiu pela incompetência do tribunal arbitral, porquanto o contrato de empreitada onde constava a convenção arbitral foi declarado inexistente por falta de assinatura. Proc. n.º 416/16.0YRLSB.S1, disponível em www.dgsi.pt.

as exigências legais de validade, materiais e formais: a arbitrabilidade do litígio e a identificação da sua fonte (n.ºs 1 do artigo 1º, n.º 6 do artigo 2º da LAV), a *redução a escrito* nos termos exigidos pelos n.ºs 2 e 3 do artigo 16.º LAV e a vinculatividade para as partes, nos termos gerais”.

A posição assumida pela Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça português merece o nosso acolhimento. Por um lado, em virtude do princípio da autonomia da cláusula compromissória, a validade desta deve ser apreciada independentemente do contrato principal. O facto de se concluir pela inexistência do contrato principal não implica *ipso jure* a inexistência da cláusula compromissória. A cláusula compromissória havia assumido a forma escrita, uma vez que constava dos documentos de negociação (cadernos de encargos). Por outro lado, o efeito negativo da competência-competência confere ao árbitro a primazia em relação ao juiz estadual na apreciação da sua competência, salvo existindo manifesta nulidade da convenção de arbitragem. E, no caso vertente, não se pode concluir pela manifesta nulidade da cláusula compromissória¹⁹⁵⁸.

b) Possibilidade de ampliação da causa de pedir

A causa de pedir é entendida como o conjunto dos fundamentos de facto e de Direito da pretensão alegada pelo autor¹⁹⁵⁹. O Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 27 de Novembro de 2014¹⁹⁶⁰, julgou que “O processo arbitral não tem, nem deve ter, a rigidez própria da ação declarativa regulada no Código de Processo Civil”, sendo por isso admissível, uma vez garantida a observância do princípio do contraditório, a ampliação da causa de pedir.

¹⁹⁵⁸ Veja-se a posição assumida pelo Tribunal de Apelação de Paris no sentido da validade de uma cláusula compromissória constante de um documento não assinado pelas partes, a que as partes fizeram uma simples referência. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, note sous Paris, 1re Ch. Suppl. 26 mars 1991, in *Revue de l'arbitrage*, N.º 3, 1991, pp. 468-469: “(...) le droit français de l'arbitrage (...) paraît admettre qu'une clause compromissoire puisse figurer dans un document non signé par les parties et autorise la clause par référence”; Em Portugal, veja-se: MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, cit., pp. 36-38; SOFIA RIBEIRO MENDES, “Cinco anos de vigência da LAV: *Favor arbitrandum* na interpretação e aplicação jurisprudencial”, cit., p. 41.

¹⁹⁵⁹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *A causa de pedir na acção declarativa*, Almedina, 2004, p. 542.

¹⁹⁶⁰ Proc. n.º 703/14.2YRLSB.L1-2, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, cit., p. 10.

c) Sobre a validade da sentença arbitral

O Supremo Tribunal de Justiça decidiu ainda, por acórdão de 22 de Setembro de 2016¹⁹⁶¹, negar provimento à revista, confirmando o decidido pela Relação e considerou que: “Num litígio em que os factos essenciais alegados como causa de pedir são factos plenamente provados por documento, não tendo produzido prova sujeita a livre apreciação do tribunal, deve considerar-se suficientemente fundamentado o acórdão arbitral quando – apesar de, na sua estrutura lógico-argumentativa, se não ter autonomizado formalmente um capítulo em que se enunciam os factos considerados provados e não provados – se tomou posição clara e perfeitamente inteligível sobre a questão da existência e significado dos factos essenciais articulados pelo A., valorados segundo regras ou máximas de experiência, apreciando ainda as objecções fundamentalmente deduzidas pelo R. na contestação que apresentou”.

Em acórdão de 23 de Junho de 2015, o Tribunal da Relação do Porto admitiu o suprimimento pelo tribunal arbitral da falta de fundamentação da sentença através do mecanismo da suspensão do processo de anulação previsto na LAV¹⁹⁶².

2.3. Aplicações feitas pelos tribunais brasileiros

O Supremo Tribunal brasileiro admitiu em vários casos que as cláusulas compromissórias inseridas em contratos comerciais internacionais que previam a arbitragem fora do Brasil eram válidas, contrariamente ao disposto na Lei da arbitragem brasileira anterior à de 1996.

No caso CCI n.º 4695 (1984)¹⁹⁶³, opondo empresas do Brasil, Panamá e EUA contra uma empresa brasileira, o tribunal arbitral repeliu a alegação da ré (empresa brasileira) de que, nos termos da lei brasileira, a cláusula arbitral não vinculava as partes à arbitragem. O tribunal arbitral decidiu a favor da validade da cláusula arbitral, uma vez que se tratava de uma arbitragem internacional. A alegação da ré segundo a qual a

¹⁹⁶¹ Proc. n.º 660/15.8YRLSB.L1.S1, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, cit., p. 9; disponível em www.dgsi.pt.

¹⁹⁶² Proc. n.º 9/15.0YRPRT, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, cit., pp. 9-10.

¹⁹⁶³ In *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, p. 33.

cláusula arbitral não vinculava as partes, sendo necessária a celebração do compromisso na altura do surgimento do litígio, só era válida para as arbitragens domésticas¹⁹⁶⁴.

Afirmou-se que “*It is true that under the still prevailing Brazilian doctrine and jurisprudence, an arbitration clause, at least in domestic arbitration, does not ‘entail direct, specific compliance by the Court’; it does not ensure ‘satisfaction in Kind’ when one of the parties, instead of appointing his arbitrator, goes before an ordinary tribunal and asks it to take up the litigation. But in the present case such a situation does not exist. The defendant not only has participated in the selection of the arbitral tribunal by choosing one arbitrator, but also he has not gone before a Brazilian court asking it to decide the present dispute (...). The contention that international commercial arbitration clauses would be contrary to Brazilian public policy or public order is not reconcilable with the fact that Brazil signed and ratified the Geneva Protocol of 1923 (...)*”¹⁹⁶⁵.

2.4. Aplicações feitas pelos tribunais franceses

Esta aceção do princípio do *favor arbitrandum* transparece, entre outros, na jurisprudência francesa. A jurisprudência francesa procedeu, em vários momentos, a uma interpretação da legislação nacional no sentido consciente de favorecer o desenvolvimento da arbitragem internacional.

a) Em matéria de validade da convenção de arbitragem

Refira-se, conforme já vimos *supra*, a origem da regra da inoponibilidade à contraparte de excepções baseadas no Direito interno do Estado parte de uma convenção de arbitragem. O artigo 1004.º do antigo Código de Processo civil francês proibia ao Estado e às pessoas colectivas de Direito público a celebração de compromissos arbitrais nas contestações sujeitas à comunicação ao Ministério público. E o artigo 83.º do mesmo Código previa que as causas envolvendo o Estado, as comunas e os estabelecimentos públicos deviam ser comunicadas ao Procurador da República. Actualmente, tal proibição consta do artigo 2060.º do Código Civil, resultante da

¹⁹⁶⁴ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado ...*, cit., p. 142.

¹⁹⁶⁵ In *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, pp. 32-43.

reforma da lei de 5 de Julho de 1972. Através da sua jurisprudência nos casos *Myrtoon Steamship*, *San Carlo*, *Galakis*, *Gatoil* e *Bec frères*, os tribunais franceses construíram regras favoráveis ao desenvolvimento da arbitragem comercial internacional que encontraram consagração em vários instrumentos legislativos nacionais.

A jurisprudência francesa, através dos casos *Almira*, *Ganz*, *Aplix* e *Labinal*, determinou ainda que a arbitrabilidade de um litígio não ficava excluída pelo simples facto de uma regulamentação de ordem pública dever aplicar-se, não existindo nenhuma interdição de os árbitros aplicarem disposições imperativas. Apesar de o legislador francês ter mantido o critério da disponibilidade de direitos, referindo-se os artigos 2059.º e 2060.º do *Code Civil* à disponibilidade dos direitos com a ligação à noção de ordem pública, a jurisprudência francesa decidiu que a arbitrabilidade em matéria de contratos internacionais apreciava-se com recurso ao conceito de ordem pública internacional. Há manifestamente um trabalho interpretativo no sentido de desenvolver a arbitragem internacional.

No caso *Alicantes*, uma das partes alegava que a falta de independência dos árbitros tornava nula a cláusula compromissória. O Tribunal de Grande Instância de Paris, por despacho datado de 13 de Fevereiro de 2014¹⁹⁶⁶ decidiu que: “*Le défaut d’indépendance et/ou impartialité des arbitres, s’il peut bien entendu être une cause de nullité de la sentence qu’ils ont rendue, n’est pas une cause de nullité de la clause compromissoire elle-même*”. Uma distinção deve ser feita entre o contrato de árbitro e a convenção de arbitragem. O árbitro não é parte à convenção de arbitragem de tal modo que a sua falta de independência e/ou imparcialidade não afecta a convenção arbitral, salvo se a escolha do árbitro for constitutiva do próprio consentimento à arbitragem¹⁹⁶⁷.

O Tribunal de Apelação de Paris, por um acórdão datado de 8 de Abril de 2014¹⁹⁶⁸, decidiu que os centros de arbitragem não têm uma função jurisdicional, de modo que os eventuais litígios que os oponham às partes não põem em causa a organização da arbitragem. Na versão original, lê-se que “[*le centre d’arbitrage*] *n’ayant pas de fonction juridictionnelle, les conflits qui peuvent l’opposer à une partie*

¹⁹⁶⁶ TGI Paris, ord., 13 févr. 2014, n.º 13/58916, *Alicantes*, LPA 2014, n.º 214, p. 12, obs. O. Loizon et A. Meyniel.

¹⁹⁶⁷ THOMAS CLAY, *Panorama – Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, cit., p. 2545.

¹⁹⁶⁸ THOMAS CLAY, *Panorama – Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, cit., p. 2545.

ne font pas obstacle à l'organisation de l'arbitrage dès lors que, comme cela a été le cas en l'espèce, les difficultés de constitution du tribunal arbitral peuvent, le cas échéant, être tranchées par le juge d'appui”.

b) Em matéria de competência do tribunal arbitral – manifesta nulidade da convenção de arbitragem

Num acórdão do Tribunal de Cassação francês, datado de 28 de Novembro de 2006¹⁹⁶⁹, foi decidido que o facto de a cláusula compromissória ser puramente potestativa e não ficar provada a sua aceitação por uma das partes não implica o carácter manifesto da nulidade ou da inaplicabilidade da mesma. A cláusula compromissória inserida num documento que não constitui nem um contrato quadro, nem uma carta de intenção, não gerando obrigações imediatas para as partes, não é uma cláusula manifestamente nula ou inaplicável¹⁹⁷⁰.

Para o Tribunal de Cassação francês¹⁹⁷¹, viola o princípio de competência-competência a decisão do Tribunal de Apelação que nega dar efeito à cláusula compromissória com o fundamento de que o contrato foi anulado por vontade das partes, tornando-se a própria cláusula compromissória nula ou caduca como o contrato principal. Tal fundamentação não estabelece o carácter manifesto da nulidade ou da inaplicabilidade da cláusula arbitral.

O Tribunal de Apelação de Paris, em acórdão *supra* referido, datado de 27 de Junho de 2007¹⁹⁷², decidiu que a cláusula compromissória não é manifestamente inaplicável pela simples constatação de uma indivisibilidade do litígio susceptível de criar um risco de contrariedade de decisões. Em sentido oposto, decidiu o Tribunal da

¹⁹⁶⁹ Cass. 1re civ., 28 novembre 2006: Steinweg Handelsween BV c. Generali France assurances Cie – Pourvoi n.º 04-10.384, in: ALEXY MOURRE; PRISCILLE PEDONE, “Sommaires de jurisprudence française”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Alexy Mourre (Dir.), Éditions A. Pedone, 2008, p. 559.

¹⁹⁷⁰ O acórdão *L.B. Cassia* (1988) do Tribunal de Cassação francês não fez jurisprudência. Veja-se: Cass. 1re civ., 6 décembre 1988, *Bull. Civ. I*, n.º 343, p. 233; *Rev. arb.*, 1989, p. 641. “En matière d'arbitrage international, l'autonomie de la clause compromissoire trouve sa limite dans l'existence en la forme de la convention principale qui contiendrait la clause compromissoire”.

¹⁹⁷¹ Cass. 1ère 11 juillet 2006: National Broadcasting Co (NBC) c. X – n.º 04-14.950 – Cassation sans renvoi de C. Versailles (12ème ch., 1re sect., 8 avril 2004, in: ALEXY MOURRE; PRISCILLE PEDONE, “Sommaires de jurisprudence française”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Alexy Mourre (Dir.), Éditions A. Pedone, 2008, p. 559.

¹⁹⁷² C. Paris (1re ch. D), 27 juin 2007: Fortis Luxembourg Vie c. Barth Conseil Patrimoine – RG n.º 07/03016; *apud* ALEXY MOURRE; PRISCILLE PEDONE, “Sommaires de jurisprudence française”, cit., p. 575.

Relação de Coimbra, em acórdão datado de 19 de Dezembro de 2012¹⁹⁷³, que “tratando-se de contratos que estão entre si numa relação de interdependência se for declarada a nulidade de qualquer um deles, tal repercutir-se-á, inevitavelmente, e em face da vontade das partes, em cada um dos outros contratos, razão pela qual, não faz qualquer sentido que se remeta para apreciação pelo tribunal arbitral o único dos três contratos em que existe cláusula compromissória, quando uns estão dependentes dos outros”.

O Tribunal de Apelação de Paris concluiu pela invalidade da cláusula compromissória constante das condições gerais de compra uma vez que inexistia qualquer prova por escrito do contrato entre as partes, sendo que tal falta não era suprida pelos usos da profissão, nem por uma relação de negócios entre elas. O Tribunal de Cassação por acórdão datado de 14 de Maio de 2014¹⁹⁷⁴ fez aplicação do artigo 1447.º do CPC, segundo o qual “*La convention d’arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte et n’est pas affectée par l’inefficacité de celui-ci*”. A palavra “ineficácia” é entendida de modo amplo de tal modo que a jurisprudência integra a ausência de prova da ineficácia do acto, e segundo o Professor THOMAS CLAY¹⁹⁷⁵, o princípio da autonomia da cláusula compromissória passa antes da exigência da prova¹⁹⁷⁶.

No caso *UOP vs. BP France* (2007)¹⁹⁷⁷, o Tribunal de Apelação d’Aix-en-Provence decidiu, por acórdão datado de 23 de Fevereiro de 2006, que a cláusula compromissória era manifestamente inaplicável uma vez que designava de modo imperativo duas instituições arbitrais, sendo os seus termos contraditórios e, por conseguinte, uma nova manifestação de vontade das partes era necessária para torná-la eficaz. O Tribunal de Cassação francês anulou o referido acórdão em 20 de Fevereiro de 2007 considerando que os motivos avançados pelo Tribunal de Apelação eram impróprios para caracterizar uma inaplicabilidade manifesta da cláusula, não estando em causa a vontade das partes de recorrer à arbitragem.

¹⁹⁷³ Proc. n.º 477/11.8TBACN.C1; disponível em www.dgsi.pt; vejam-se as notas de rodapé n.º 14 e 21 da referida decisão em relação aos nossos contributos sobre o estudo do princípio da competência-competência.

¹⁹⁷⁴ Cass. 1re civ., 14 mai 2014, n.º 13-15.827, *Hautbois*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2014, p. 641, obs. H. Barbier.

¹⁹⁷⁵ THOMAS CLAY, *Panorama – Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, cit., p. 2541.

¹⁹⁷⁶ THOMAS CLAY, *Panorama – Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, cit., p. 2542.

¹⁹⁷⁷ *Bulletin*, 2007, N.º 62, p. 56; PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, cit., p. 155.

Nele se afirma que “*Attendu que, pour juger la clause manifestement inapplicable et dire la juridiction étatique compétente pour connaître du litige, l’arrêt retient que les termes de la convention, qui désignent de façon impérative deux institutions arbitrales, sont contradictoires, et qu’une nouvelle manifestation de volonté des parties est nécessaire pour la rendre efficiente; Qu’en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser une inapplicabilité manifeste de la clause dès lors qu’elle ne constatait pas une absence de volonté des parties de recourir à l’arbitrage et que le juge d’appui, seul compétent pour statuer sur les difficultés de constitution du tribunal arbitral, n’avait pas été saisi, la cour d’appel a violé le principe et le texte susvisés (...)*”.

c) Em matéria de sentença arbitral

Os tribunais franceses, através dos casos *Norsolor*, *Hilmarton* e *Putrabali*, autonomizaram a sentença arbitral internacional e reconheceram sentenças arbitrais anuladas no país de origem. A sentença arbitral internacional, segundo as jurisdições francesas, não se integra na ordem jurídica do Estado onde a arbitragem decorreu. Tal jurisprudência afasta-se do previsto na Convenção de Nova Iorque. No entanto, a posição dos tribunais franceses revelou-se *in favorem arbitrandum*.

2.5. A excepcional empatia do legislador federal americano para com a arbitragem e as concretizações jurisprudenciais

O *Supreme Court* dos Estados Unidos afirmou no caso *Mitsubishi* que a política federal a favor da arbitragem aplicava-se especialmente no domínio do comércio internacional. A empatia do legislador federal para com a arbitragem já havia sido anteriormente demonstrada no caso *Scherk* (1974). Pelo menos a partir de 1970, momento da adesão dos Estados Unidos à Convenção de Nova Iorque – afirma o *Supreme Court* –, a política federal a favor da arbitragem aplica-se resolutamente em matéria de comércio internacional.

Decidiu-se que “*Bremen and Scherk establish a strong presumption in favor of enforcement of freely negotiated contractual choice-of-forum provisions. Here, as in Scherk, that presumption is reinforced by the emphatic federal policy in favor of arbitral dispute resolution. And at least since this Nation’s accession in 1970 to the*

Convention ... that federal policy applies with special force in the field of international commerce. Thus, we must weigh the concerns of American Safety against a strong belief in the efficacy of arbitral procedures for the resolution of international commercial disputes and an equal commitment to the enforcement of freely negotiated choice-of-forum clauses”¹⁹⁷⁸.

Esta afirmação do *Supreme Court* americano orienta a interpretação e integração das normas em matéria da arbitragem internacional para um sentido que favorece o desenvolvimento da arbitragem, ou seja, a resolução por via arbitral de litígios do comércio internacional, apesar de estar em causa a aplicação de legislação antitruste.

No caso *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton Inc.* (1995)¹⁹⁷⁹, um tribunal arbitral sediado em Chicago proferiu uma sentença determinando uma indemnização punitiva (*punitive damages*) no valor de 400.000 dólares norte-americanos, para além de uma indemnização por perdas e danos, num caso de fraude envolvendo acções, relativo a um contrato de corretagem. O contrato em causa continha uma cláusula estabelecendo que a lei de Nova Iorque regeria a relação entre as partes¹⁹⁸⁰. No entanto, a lei de arbitragem de Nova Iorque proíbe os árbitros de outorgarem danos punitivos e, consequentemente, tanto o *District Court* quanto o *Court of Appeals* de Nova Iorque decidiram que, ao escolherem a lei de um Estado, as partes pretendiam englobar não apenas as leis substantivas que regem seus direitos e obrigações do contrato, mas também a lei de arbitragem daquele Estado¹⁹⁸¹.

O *Supreme Court* reverteu tal decisão, afirmando que: “*We think the best way to harmonize the choice-of-law provision with the arbitration provision is to read ‘the laws of the state of New York to encompass substantive principles that the New York courts would apply, but not to include special rules limiting the authority of arbitrators’.* Thus, the choice-of-law provision covers the rights and duties of the parties, while the arbitration clause covers arbitration: neither sentence intrudes upon the other”¹⁹⁸².

¹⁹⁷⁸ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, cit., p. 488.

¹⁹⁷⁹ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado* ..., cit., p. 88.

¹⁹⁸⁰ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado*..., cit., p. 88.

¹⁹⁸¹ DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado* ..., cit., p. 88.

¹⁹⁸² DOLINGER; TIBURCIO, *Direito Internacional Privado* ..., cit., p. 88.

Desta decisão do Supremo Tribunal Federal, deduz-se claramente que a lei federal de arbitragem (*FAA*) prevalece sobre as leis estaduais que impedem a aplicação das convenções de arbitragem¹⁹⁸³. O caso *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior University* constituiu uma exceção, e a sua jurisprudência é de interpretação restritiva¹⁹⁸⁴.

¹⁹⁸³ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, 2nd Edition, Wolters Kluwer, 2015, p. 59.

¹⁹⁸⁴ GARY B. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, 2nd Edition, Wolters Kluwer, 2015, p. 59: “One potential exception to this general rule was the Supreme Court’s decision in *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior University*. There, a California choice-of-law clause in the parties’ purely domestic contract was interpreted, in vaguely-defined circumstances, to incorporate state procedural rules relating to arbitration, and the *FAA* was held not to preempt this result. Subsequent US Supreme Court decisions, and most lower court decisions, have interpreted *Volt* narrowly, holding that general choice-of-law clauses ordinarily do not encompass state arbitration laws and that the *FAA* preempts state law rules that impede the enforcement of arbitration agreements”.

Capítulo V

Limites do princípio do *favor arbitrandum*

Definido o conteúdo do princípio do *favor arbitrandum* a partir das suas manifestações legais e jurisprudenciais, cabe agora traçar os seus limites.

Os princípios podem operar *secundum legem*, *contra legem* ou *praeter legem*¹⁹⁸⁵. Operam *secundum legem* quando coexistem com textos legais ou são a partir deles induzidos. Neste segunda hipótese, revelam-se nas decisões judiciais. Um princípio pode também ser afirmado *praeter legem*, na ausência de qualquer texto legal¹⁹⁸⁶. Por fim, um princípio pode operar *contra legem*¹⁹⁸⁷.

O Professor THOMAS CLAY¹⁹⁸⁸ observa que um princípio normativo *extra legem* prolifera fora do *jus scriptum*. Ele exerce a sua acção sobre o Direito positivo, podendo excluir ou prorrogar a lei contra a vontade do legislador¹⁹⁸⁹. De igual modo, SOFIA DAVID¹⁹⁹⁰ refere que “Os princípios têm uma prioridade axiológico-normativa e que, assim, podem ser aplicados quer *praeter legem*, quer, se necessário, *contra legem*, ou contra o sentido literal da regra escrita, obviando resultados insatisfatórios e incorrectos que resultariam da estrita aplicação da regra, garantindo uma unidade do sistema jurídico”.

Os limites ao princípio do *favor arbitrandum* cerceiam a validade ou eficácia da convenção de arbitragem, a competência do tribunal arbitral e a validade ou reconhecimento da sentença arbitral. Far-se-á aqui uma destrição entre os limites de carácter geral (1), os limites inerentes ao procedimento arbitral (2) e os limites dependentes da qualidade das partes envolvidas na arbitragem (3).

¹⁹⁸⁵ FRANÇOIS TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 4e édition, Dalloz, 1998, p. 270, N. 254; CH. PERELMAN, *Logique Juridique – Nouvelle rhétorique*, Deuxième édition, Dalloz, 1979, pp. 47-48.

¹⁹⁸⁶ FRANÇOIS TERRÉ, *Introduction générale au droit*, cit., p. 270, N. 254.

¹⁹⁸⁷ FRANÇOIS TERRÉ, *Introduction générale au droit*, cit., p. 270, N. 254.

¹⁹⁸⁸ Prefácio de THOMAS CLAY, in LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 19.

¹⁹⁸⁹ Prefácio de THOMAS CLAY, in LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 19.

¹⁹⁹⁰ SOFIA DAVID, “A aplicação de princípios pelo juiz administrativo”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisbon Law Editions, 2017/1, LVIII, p. 200.

1. Limites de carácter geral

1.1. A ordem pública: função delimitadora do espaço da autonomia privada

De modo geral, a ordem pública constitui um limite à autonomia das partes¹⁹⁹¹. Como bem formula o Professor CARNEIRO DA FRADA¹⁹⁹², a ordem pública referencia um conjunto de princípios injuntivos que, como tal, são *indisponíveis*, preenchendo uma função delimitadora negativa do espaço da autonomia privada.

O *favor arbitrandum* encontra na ordem pública o seu primeiro limite. No entanto, a sua actuação pode fazer-se de modo variável. Às vezes, é a ordem pública interna que opera, limitando o *favor arbitrandum*; outras vezes, será a ordem pública internacional. Como refere um autor¹⁹⁹³, “*l’ordre public a vocation à s’immiscer tout au long des différentes phases de l’arbitrage*”.

1.1.1. No que respeita à convenção de arbitragem

a) Em matéria de arbitrabilidade dos litígios

Em relação à convenção de arbitragem, a ordem pública intervém para delimitar o espaço da liberdade contratual, ao determinar as matérias fundamentalmente indisponíveis. Tais matérias respeitam v.g. ao Direito Penal (salvo nos sistemas jurídicos em que é permitido ao Ministério público transigir sobre determinadas infracções¹⁹⁹⁴), o estatuto pessoal, o Direito da Família (as questões relativas ao casamento, ao divórcio e à separação de pessoas, com excepção das questões de natureza patrimonial), as questões falimentares ou “*pure bankruptcy issues*” que têm a ver com a organização económica do Estado.

¹⁹⁹¹ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Da ordem pública no processo arbitral”, cit., p. 589.

¹⁹⁹² MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A ordem pública no Direito dos contratos”, cit., p. 295.

¹⁹⁹³ WALID ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence – Contribution à l’étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, LGDJ, 2001, p. 63.

¹⁹⁹⁴ Na Bélgica, admite-se a transacção penal por iniciativa do Ministério público, dando a possibilidade ao arguido, mediante o pagamento de um valor monetário, fazer cessar a acção contra a sua pessoa, por exemplo em matéria de circulação rodoviária. Disponível em: <https://www.actualitesdroitbelge.be/droit-penal/droit-penal-abreges-juridiques/la-transaction-penale/la-transaction-penale>

À luz do progresso realizado no domínio da arbitragem internacional, em matéria de arbitrabilidade há que notar que só quando os direitos disputados forem fundamentalmente indisponíveis ou colidirem com a ordem pública internacional é que o *favor arbitrandum* encontra um limite em matéria de arbitrabilidade dos litígios nas arbitragens internacionais¹⁹⁹⁵.

Como refere o Professor BERNARD HANOTIAU¹⁹⁹⁶: “*Doit-on pour autant conclure, comme le faisait le professeur Goldman, que les règles qui rejettent l’arbitrabilité pourraient être éventuellement considérées comme étant contraires à l’ordre public transnational et que, corrélativement, l’arbitrabilité des litiges est un principe transnational, directement applicable, sans confrontation avec une loi étatique quelconque? Cette conclusion est peut-être excessive. Il reste que l’inarbitrabilité tend effectivement à devenir, dans les systèmes juridiques et judiciaires progressistes, un vestige du passé. À ce stade de l’évolution des législations et des jurisprudences, un principe semble en tout cas émerger en vertu duquel l’arbitrabilité est la règle et ne peut être exclue que si les droits litigieux sont fondamentalement indisponibles ou se heurtent à des prérogatives exclusivement réservées à des États ou à des autorités relevant de groupements d’Etats souverains, et ce à titre de dispositions touchant à l’ordre public international*”.

b) Em matéria da capacidade das partes

O *favor arbitrandum* não pode prosperar contra as normas relativas à capacidade das pessoas. As regras sobre a capacidade para celebrar convenções de arbitragem são de ordem pública, limitando de forma absoluta a autonomia privada. Aliás, o artigo V, n.º 1, al. a) da CNI faz expressa referência à incapacidade das partes na convenção de arbitragem, como motivo de recusa do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Trata-se da capacidade jurídica das partes, da sua capacidade de dispor livremente dos seus direitos e assumir obrigações. Refere-se, mais concretamente, à capacidade de agir em nome próprio na defesa dos seus interesses, ou seja, da capacidade de estar em juízo. Tal capacidade afere-se a partir da lei pessoal de

¹⁹⁹⁵ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité”, cit., p. 253.

¹⁹⁹⁶ BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité”, cit., p. 253.

cada uma das partes¹⁹⁹⁷. Em regra, os menores, interditos e inabilitados não poderão celebrar convenções de arbitragem. No caso de menores, não será possível a celebração de uma convenção de arbitragem, ainda que por intermédio de representante. No caso dos inabilitados, se o tribunal não sujeitar na sentença de inabilitação a celebração de convenções de arbitragem à assistência do curador ou que o inabilitado celebre uma convenção de arbitragem com a autorização do assistente, parece que se deva aceitar a validade de tais convenções arbitrais. A proibição não pode estender-se às situações em que o inabilitado é simplesmente assistido e não representado.

1.1.2. No que respeita à sentença arbitral

a) A contrariedade à ordem pública como limite à execução da sentença arbitral

A contrariedade à ordem pública aparece como motivo de anulação da sentença arbitral em muitas legislações nacionais (v.g. no Direito angolano) e em convenções internacionais sobre arbitragem. Noutros Direitos, como o português e o francês, o *favor validitatis sententiae* encontra limite, na arbitragem internacional, na ordem pública internacional. É anulável a sentença que conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional (artigo 54.º da LAVP). Na vigência da Lei portuguesa sobre a arbitragem voluntária de 1986, questionava-se ainda se a enumeração dos fundamentos previstos na mesma para a anulabilidade da sentença arbitral era taxativa ou não. As opiniões divergiam. Para o Professor LIMA PINHEIRO¹⁹⁹⁸, no âmbito da arbitragem internacional a anulabilidade da decisão arbitral podia fundamentar-se na violação da ordem pública internacional do Estado português¹⁹⁹⁹. Por conseguinte, tinha de ser admitida a existência de fundamentos adicionais de anulação. Em sentido oposto, a Professora PAULA COSTA E SILVA sustentava a taxatividade dos fundamentos da anulação da decisão arbitral²⁰⁰⁰.

¹⁹⁹⁷ ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, São Paulo Editora SA, 2008, pp. 131-132.

¹⁹⁹⁸ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., p. 310 e *passim*.

¹⁹⁹⁹ ZÉLIA MARIA LEAL PINTO *Um alternativo caminho na justiça: a arbitragem voluntária e a impugnação da sentença arbitral*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 125.

²⁰⁰⁰ PAULA COSTA E SILVA, “Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no Direito interno português”, in *ROA*, Lisboa, Ano 56, Janeiro de 1996, Vol. I, p. 186.

b) A contrariedade à ordem pública processual como limite à execução de sentenças violadoras de princípios fundamentais do Direito processual²⁰⁰¹

A ordem pública constitui um limite, à execução de sentenças violadoras dos princípios fundamentais do Direito processual. Trata-se essencialmente do princípio do contraditório, da igualdade das partes e da audição prévia (escrita ou oral) das partes antes da prolação da sentença. O princípio do contraditório traduzido pelo velho brocardo *Nemo condemnat sine auditur* determina que qualquer das partes esteja em condições de discutir as pretensões, os argumentos e as provas do seu adversário²⁰⁰². LIONEL ASCENSI²⁰⁰³ considera o princípio do contraditório como tendo a natureza de princípio fundamental da pessoa humana nos procedimentos de resolução de litígios, embora existam situações em que a contradição deve ceder face a certas exigências ou interesses individuais ou colectivos. A violação desses princípios processuais constitui certamente um limite à validade das sentenças arbitrais ou ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

c) A contrariedade à ordem pública (internacional) como limite ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras

Na generalidade dos países que adoptaram a CNI, a ordem pública é interpretada em sentido restrito, ou seja, como sendo a ordem pública internacional. Relativamente às sentenças arbitrais internacionais, a contrariedade à ordem pública internacional constitui um limite ao reconhecimento e execução das mesmas. A ordem pública internacional oferece as virtualidades mais amplas de permitir o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

²⁰⁰¹ JOÃO ILHÃO MOREIRA, “O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no fórum de execução por violação da ordem pública”, in *O Direito*, Ano 147, I, Almedina, 2015, p. 198.

²⁰⁰² ; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual*, Vol. I, Lisboa, 1986, p. 194; JEAN VINCENT; SERGE GUINCHARD, *Procédure civile*, 23e édition, Dalloz, 1994, p. 415, N. 611; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo civil – Conceito e Princípios gerais*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2006, pp. 108 e ss.; LÚCIA MARIA RODRIGUES DA SILVA, *Uma leitura da efectividade da tutela jurisdicional administrativa face ao princípio do contraditório e à oralidade*, FDL, 2004, p. 23.

²⁰⁰³ LIONEL ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, LGDJ, 2006, pp. 463-464.

A reserva de ordem pública internacional, diz o Professor LIMA PINHEIRO²⁰⁰⁴ actua “*a posteriori*, perante resultados manifestamente incompatíveis com princípios ou regras fundamentais vigentes na ordem jurídica do foro”. Conforme referimos *supra*, o legislador português determinou a possibilidade de recusa do reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira quando o mesmo conduza a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português [artigo 56.º, n.º 1, alínea b), ii) da LAVP].

1.2. A ofensa dos bons costumes: a corrupção

A fórmula lapidar da Escola do Direito Natural “*Honeste vivere*” ainda ecoa nos nossos tempos. Os bons costumes exprimem a Moral social nos campos da actuação sexual e familiar, bem como no da deontologia profissional, proibindo os actos que a contrariem²⁰⁰⁵.

Conforme refere o Professor PAIS DE VASCONCELOS²⁰⁰⁶, “(...) O conteúdo material da Ética constitui um poderoso limite à liberdade negocial. A referência aos bons costumes, feita no artigo 280.º do Código Civil, é uma abertura do sistema aos conteúdos materiais da Ética”. No domínio da arbitragem, os bons costumes traçam um limite à actuação quer das partes, quer dos árbitros, constituindo uma limitação à autonomia privada. A arbitragem não poderá ser usada para legitimar ou ocultar negócios contrários aos bons costumes. O *favor arbitrandum* não poderá ultrapassar tal limite.

O comércio internacional é, às vezes, afectado pela corrupção, implicando funcionários públicos dos Estados. A corrupção pode consistir numa variedade de actos: pagamentos de luvas, tráfico de influências, uso abusivo de poder para obtenção de lucros pessoais, obstrução à justiça, desvio de bens públicos, enriquecimento ilícito, mecanismos de fuga ao fisco e branqueamento de capitais²⁰⁰⁷. Os contratos de agência são os que mais dão lugar às alegações de corrupção quando as comissões acordadas

²⁰⁰⁴ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa”, cit., p. 123.

²⁰⁰⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa fé no Direito Civil*, cit., p. 1223.

²⁰⁰⁶ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 375.

²⁰⁰⁷ MOHAMED ABDEL RAOUF, “How should international arbitrators tackle corruption issues?”, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2010, p. 1.

não são pagas pelo principal com o motivo de que não foram prestados os serviços acordados ou que o contrato era ilegal e inválido²⁰⁰⁸.

1.2.1. Contra a convenção de arbitragem

As partes podem contornar as possíveis sanções a tais ilicitudes, por meio da arbitragem ou no processo arbitral²⁰⁰⁹. A arbitragem pode ser utilizada pelas partes para branquear capitais, “fabricando-se” um litígio comercial fictício para facilitar a transferência de grandes somas de dinheiro²⁰¹⁰.

No processo arbitral, por meio de contratos de intermediação e de consultoria jurídica, as partes podem esconder uma operação de pagamento de luvas²⁰¹¹. Duas técnicas jurídicas podem servir a esse fim: (i) as partes podem delimitar o objecto do litígio a submeter aos árbitros por forma a impedi-los de aplicar um regime sancionatório que prejudique os seus interesses, ou (ii), com a escolha de uma lei mais favorável aos seus interesses, as partes podem contornar o poder sancionatório dos árbitros²⁰¹². No caso de os árbitros terem tomado conhecimento de que a convenção de arbitragem foi celebrada pelas partes unicamente para fins ilícitos, devem declarar a sua invalidade por ofensa dos bons costumes, por via de consequência, por violação da ordem pública.

1.2.2. Contra a sentença arbitral

A execução de sentenças arbitrais estrangeiras encontrará certamente um limite na medida em que tais sentenças violem as concepções de justiça e de moralidade do país de execução²⁰¹³.

²⁰⁰⁸ MOHAMED ABDEL RAOUF, “How should international arbitrators tackle corruption issues?”, cit., p. 4.

²⁰⁰⁹ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 143.

²⁰¹⁰ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 144.

²⁰¹¹ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 144.

²⁰¹² ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., pp. 143 e *passim*.

²⁰¹³ JOÃO ILHÃO MOREIRA, “O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no fórum de execução por violação da ordem pública”, cit., p. 196.

Para JOÃO ILHÃO MOREIRA²⁰¹⁴, trata-se de “concepções axiológicas adquiridas e dominantes no espaço civilizacional em que o fórum de execução se integra. Valores que, no nosso espaço civilizacional, prescrevem, entre outros princípios essenciais, o respeito pela defesa dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e a proibição de contratos com um objecto imediato ou mediato ilícito. O carácter antitético das consequências da execução de sentença que violem aqueles e outros valores semelhantes com a axiologia dominante permitem facilmente a um juiz determinar os casos que devem determinar a exclusão da execução da sentença”.

Embora se reconheça que os árbitros não são, em regra, seres amorais²⁰¹⁵, pode-se pensar, por exemplo, nos casos em que os mesmos conscientemente actuaram numa arbitragem cujas partes recorreram à arbitragem para ocultar uma operação de pagamento de luvas ou branqueamento de capitais. A violação dos bons costumes obstará ao reconhecimento da sentença proferida no âmbito dessa arbitragem. O *favor recognitionis* não poderá resultar.

1.3. A fraude

É incontroverso que “*fraus omnia corrumpit*”. Os actos jurídicos são considerados inválidos, directa ou indirectamente, essencial ou acidentalmente, quando são praticados de forma fraudulenta²⁰¹⁶. É preciso para que haja fraude a verificação da consciência (*conscientia fraudis*) e da vontade da sua prática. O apotegma “*fraus omnia corrumpit*” é considerado nalguns ordenamentos jurídicos como um princípio geral do Direito²⁰¹⁷. A fraude, por ser odiosa, deve determinar o exercício pela sua vítima do direito de recorrer para além dos prazos legalmente fixados²⁰¹⁸.

A doutrina francesa distingue três tipos de fraude em relação à arbitragem: a fraude pela arbitragem (*fraude par l'arbitrage*), a fraude relacionada com o objecto da

²⁰¹⁴ JOÃO ILHÃO MOREIRA, “O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no fórum de execução por violação da ordem pública”, cit., p. 195.

²⁰¹⁵ JOÃO ILHÃO MOREIRA, “O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no fórum de execução por violação da ordem pública”, cit., p. 196.

²⁰¹⁶ ANA PRATA, *Dicionário jurídico*, 5ª edição, Almedina, 2010, p. 691.

²⁰¹⁷ JEAN-FRANÇOIS ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant-Bruxelles, 2000, p. 255 e *passim*; PIERRE VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Bruylant, 2010, cit., p. 460, N. 307.

²⁰¹⁸ CHRISTOPHE SERAGLINI, “Les recours en cas de fraude”, in *Revue de l'arbitrage*, N.º 1, 2018, pp. 122-123; veja-se também: ANDREW TWEEDDALE; KEREN TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes ...*, cit., p. 338.

arbitragem (*fraude objet de l'arbitrage*) e a fraude no processo arbitral (*fraude dans l'arbitrage*)²⁰¹⁹. A fraude pela arbitragem ocorre quando as partes celebram uma convenção de arbitragem de forma fraudulenta²⁰²⁰. A fraude que se relaciona com o objecto da arbitragem reporta-se à situação em que os árbitros são levados a apreciar actos fraudulentos (de corrupção ou de branqueamento, *etc.*), antes de decidir sobre a questão litigiosa²⁰²¹. A fraude no processo arbitral é a fraude processual que se refere a manobras durante o procedimento arbitral que tiveram por efeito a alteração da decisão dos árbitros²⁰²².

a) A fraude pela arbitragem: o negócio em fraude à lei

A fraude à lei é, em termos gerais, o uso de uma permissão conferida por uma norma para praticar actos que visam um resultado proibido por outra norma²⁰²³. A fraude à lei refere-se mais concretamente à violação do espírito da lei²⁰²⁴. A fraude à lei constitui um vício que se projeta no negócio jurídico em fraude à lei²⁰²⁵. Segundo a Professora ANA MORAIS ANTUNES²⁰²⁶, “o negócio em fraude à lei projeta a sua influência em sede de *patologia negocial* e, em particular, no campo da *ilicitude*”.

Nos termos dos artigos 280.º, 281.º e 294.º do Código Civil, a contrariedade à lei leva à invalidade do negócio. Nos termos do n.º 1 do artigo 280.º do Código Civil: “É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável”. O artigo 281.º do Código Civil determina que “Se apenas o fim do negócio jurídico for contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes, o negócio só é nulo quando o fim for comum a ambas as partes”. Por fim, o artigo 292.º do Código Civil dispõe que “Os negócios celebrados contra disposição

²⁰¹⁹ CHRISTOPHE SERAGLINI, “Les recours en cas de fraude”, cit., p. 123.

²⁰²⁰ CHRISTOPHE SERAGLINI, “Les recours en cas de fraude”, cit., p. 123.

²⁰²¹ CHRISTOPHE SERAGLINI, “Les recours en cas de fraude”, cit., p. 123.

²⁰²² CHRISTOPHE SERAGLINI, “Les recours en cas de fraude”, cit., p. 123.

²⁰²³ ANA PRATA, *Dicionário jurídico*, 5ª edição, Almedina, 2010, p. 690.

²⁰²⁴ Segundo José Vidal, “Il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le plan du droit positif” (JOSÉ VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Paris, éd. Dalloz, 1957, préface G. Marty, p. 208).

²⁰²⁵ ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, “Negócio em fraude à lei”, in *Edição comemorativa do Centenário – Código Civil*, Elsa Vaz de Sequeira; Fernando Oliveira e Sá (Coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 163.

²⁰²⁶ ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, “Negócio em fraude à lei”, cit., pp. 163-164.

legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei”²⁰²⁷.

No campo da arbitragem, trata-se da hipótese em que as partes celebram uma convenção de arbitragem com o intuito de praticar uma fraude à lei, ou seja, de contornar ou desviar a regra de Direito para enganar²⁰²⁸. No caso *Beltronics*²⁰²⁹, uma sociedade francesa e uma sociedade canadiana haviam celebrado uma convenção de arbitragem que se referia a um centro de arbitragem constituído para essa finalidade. Os árbitros e o pessoal do centro estavam todos ligados à sociedade francesa. Um acordo foi assinado antes da celebração da convenção de arbitragem, prevendo a partilha entre as duas sociedades do montante de indemnização resultante da condenação da sociedade canadiana. Esta última foi efectivamente condenada. Contudo, a sociedade *Beltronics* desvendou o conluio, o que levou à anulação da sentença arbitral e à condenação dos infractores²⁰³⁰.

b) A fraude relacionada com o objecto da arbitragem

A fraude afecta o objecto da convenção da arbitragem quando visa permitir uma actividade ilícita querida pelas partes. Refira-se, por exemplo, ao caso de uma convenção de arbitragem celebrada para submeter ao árbitro um contrato de consultoria jurídica que, na realidade, serve de *substratum* a uma operação de pagamento de luvas no âmbito de um tráfico de influência para a obtenção de um negócio²⁰³¹. O objecto da convenção de arbitragem é, neste caso, permitir a dissimulação do ilícito uma vez que o perímetro de actuação do árbitro é determinado pelas partes através de uma

²⁰²⁷ No Direito belga, a sanção da fraude à lei é a inoponibilidade dos efeitos do negócio em fraude à lei em relação a terceiros. Veja-se: JEAN-FRANÇOIS ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, cit., p. 511; PIERRE VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, cit., p. 462, N. 307.

²⁰²⁸ MATTHIEU DE BOISSÉSON, “L’arbitrage et la fraude (À propos de l’arrêt *Fougerolle*, rendu par la Cour de Cassation le 25 Mai 1992)”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 1, 1993, p. 5; FRANCK NICÉPHORE YOUNGONÉ, *Arbitrage commercial international et développement*, cit., p. 330.

²⁰²⁹ MATTHIEU DE BOISSÉSON, “L’arbitrage et la fraude (À propos de l’arrêt *Fougerolle*, rendu par la Cour de Cassation le 25 Mai 1992)”, cit., p. 5; FRANCK NICÉPHORE YOUNGONÉ, *Arbitrage commercial international et développement*, cit., p. 330.

²⁰³⁰ MATTHIEU DE BOISSÉSON, “L’arbitrage et la fraude (À propos de l’arrêt *Fougerolle*, rendu par la Cour de Cassation le 25 Mai 1992)”, cit., p. 5; FRANCK NICÉPHORE YOUNGONÉ, *Arbitrage commercial international et développement*, cit., p. 330.

²⁰³¹ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 144.

delimitação restritiva do objecto do litígio ou de escolha de uma lei mais flexível ao invés da lei normalmente aplicável à operação jurídica em causa²⁰³².

Para alguns autores²⁰³³, a ilicitude da actividade litigiosa estende-se à missão do árbitro, afectando a própria convenção de arbitragem. O que as partes visam com essa dissimulação é impedir o árbitro de aplicar as normas de ordem pública. Deverá, eventualmente, declarar-se incompetente.

c) A fraude no processo arbitral: a fraude processual

A fraude processual consiste em modificar intencionalmente os dados do processo com o intuito de levar o juiz a errar. A fraude processual pode proceder, no processo civil, na inovação do local, da coisa ou de pessoa, com o fim de induzir em erro o juiz ou o perito. A existência de uma fraude processual que influenciou a sentença é motivo da sua anulação ou de recusa do seu reconhecimento ou *exequatur*²⁰³⁴. Como qualquer fraude, a fraude processual traça um limite ao *favor arbitrandum*.

1.4. Os demais motivos de anulação da sentença arbitral previstos nas legislações estaduais

I. O princípio do *favor arbitrandum* funda-se em parte, conforme analisaremos *infra*, na autonomia privada. A autonomia privada encontra os seus limites na lei, na moral, na ordem pública e na natureza²⁰³⁵. Conforme refere o Professor PAIS DE VASCONCELOS²⁰³⁶, “Os preceitos injuntivos da lei limitam o âmbito material da autonomia. É esse sentido com que é cominada com nulidade ou anulabilidade a celebração de negócios contra a lei. Mas só os preceitos legais injuntivos, que não já os preceitos dispositivos. A lei dispositiva influencia a autonomia, mas não a limita; propõe mas não impõe. É por vezes difícil distinguir em concreto se a lei é injuntiva ou

²⁰³² ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 145.

²⁰³³ PIERRE MAYER, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, in *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 359; veja-se: CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 550, note 208.

²⁰³⁴ GABRIEL KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *Arbitrage international ...*, cit., p. 565, N. 901; POUDRET; BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 858, N. 936.

²⁰³⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 374-375.

²⁰³⁶ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 375.

dispositiva. Quando for injuntiva, a lei ergue muralhas que aprisionam a autonomia e restringem a liberdade das partes”²⁰³⁷.

Assim, as disposições legais estaduais sobre a arbitrabilidade dos litígios, os requisitos de validade da convenção de arbitragem, nomeadamente sobre a validade da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, bem como a sua forma não podem ser violadas. Refira-se, por exemplo, o n.º 1 do artigo 4.º da LAV (Nulidade da Convenção de Arbitragem), nos termos do qual a convenção de Arbitragem é nula quando (a) não revestir a forma prescrita por lei; (b) for celebrada em contravenção das normas imperativas do artigo 1.º da presente lei; (c) a cláusula compromissória não especificar os factos jurídicos de que deva emergir a relação litigiosa; (d) o compromisso arbitral não determinar o objecto do litígio e não for possível proceder, de outro modo, à sua determinação.

O referido artigo define as condições de validade da convenção de arbitragem. A nulidade da convenção traduzir-se-á na sua não vigência no âmbito do Direito, e o tribunal arbitral que com base nela decidiu sobre determinada controvérsia o fará sem competência. Em primeiro lugar, a convenção de arbitragem deve revestir a forma escrita. Em segundo lugar, deverá conter necessariamente os elementos obrigatórios constantes do artigo 4º, n.º 1, sob pena de invalidade, respeitantes à arbitrabilidade subjectiva e objectiva indicada no artigo 1º da LAV. Em terceiro lugar, o objecto da convenção de arbitragem deverá estar definido, de modo a que o litígio em causa seja apreensível, nos termos indicados no artigo 3º, n.º 3 da LAV. Em quarto lugar, o compromisso arbitral só será nulo se, não tendo sido indicado o objecto do litígio, este não puder, de outro modo, ser determinado.

Apenas em situações excepcionais, se pode, a nosso ver, admitir uma actuação *contra legem* do princípio do *favor arbitrandum*. O princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem que se abstrai das manifestações legais e jurisprudenciais relativas à convenção de arbitragem pode permitir a extensão da convenção de arbitragem a não signatários e, por conseguinte, levar à desconsideração do requisito da forma escrita. Tal poderá também ocorrer no âmbito da extensão da convenção de arbitragem no quadro dos grupos de contratos. O princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem deve permitir a validação de uma convenção de arbitragem visando a resolução de diferendos resultantes de uma relação jurídica que embora não

²⁰³⁷ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 375.

seja determinada em concreto na referida convenção, possa ser, de outro modo, determinada. Se é possível validar o compromisso arbitral que não determina directamente o objecto do litígio, desde que fosse possível proceder, de outro modo, à sua determinação – como vem previsto em diversos ordenamentos jurídicos, v.g. no Direito angolano [Art. 4. n.º 1, alínea d) da LAV] –, deve ser validada uma convenção de arbitragem que abranja uma relação jurídica determinável. Não há razões ponderosas contrárias.

II. Os motivos de anulação da sentença arbitral previstos nas legislações estaduais são *mutatis mutandis* os que se seguem: (a) incapacidade de uma das partes; (b) violação dos princípios fundamentais processuais com influência decisiva na resolução do litígio; (c) sentença proferida *extra potestatem*; (d) inconformidade legal da composição do tribunal arbitral; (e) sentença *ultra* ou *infra petita*; (f) falta de forma escrita e assinatura da sentença arbitral; (g) notificação tardia da sentença arbitral às partes; (h) inarbitralidade do litígio; (i) ofensa à ordem pública ou à ordem pública internacional da sentença arbitral.

III. Poderá o princípio do *favor arbitrandum* permitir o reconhecimento em Angola de uma sentença arbitral proferida com base numa convenção de arbitragem oral? Será que o artigo VII da CNI poderá atenuar o rigor da forma escrita prevista pelo artigo II da CNI? Uma constatação impõe-se inelutavelmente. Pode existir real dificuldade em provar uma convenção de arbitragem oral, se as partes não reduziram a escrito a sua anuência à arbitragem, v.g. através da redacção dos Termos de Referência ou da Acta de Missão donde conste a convenção de arbitragem. Na sua falta, o princípio do *favor arbitrandum* não poderá, fora das situações acima referidas, permitir a validação de uma convenção oral no ordenamento jurídico angolano se não existir uma referência escrita à convenção de arbitragem proveniente, pelo menos, de uma das partes. Na mesma senda, importa frisar que, em matéria de arbitrabilidade objectiva, as matérias expressamente excluídas por lei da arbitragem, ou cometidas de forma exclusiva ao juiz estadual, não podem ser objecto de arbitragem por aplicação do princípio do *favor arbitrandum*.

2. Limites próprios ao procedimento arbitral

2.1. A falta pelo árbitro do *jus imperium* (*lato sensu*)

I. *Arbitri munus non est publicum ut iudicis*²⁰³⁸. A falta do *jus imperium* pelo árbitro configura uma situação de limitação da sua competência²⁰³⁹. A convenção de arbitragem confere jurisdição ao árbitro. Com isto quer-se significar que o árbitro tem apenas uma parcela dos poderes que confere o *imperium mixtum*, a saber, a *juridictio*, o poder de dizer o Direito²⁰⁴⁰. O poder do árbitro de dirimir o litígio que opõe as partes provém delas. O poder que as partes atribuem ao árbitro decorre quanto a ele da lei processual, designadamente da Lei da Arbitragem. É dela que resulta a faculdade reconhecida às partes exercendo a autonomia da vontade de subtraírem a resolução dos seus litígios à competência dos tribunais estaduais.

Contudo, o árbitro não tem o *imperium merum*, isto é, não detém os poderes soberanos do juiz estadual que lhe permitem tomar algumas medidas, tais como citar um terceiro para depor perante ele, determinar a execução forçada de uma medida cautelar ou de uma sentença arbitral. Tais medidas executivas só poderão ser determinadas pelo juiz estadual a quem o árbitro ou as partes deverão recorrer.

Por exemplo, o artigo 21.º da LAV prevê que, quando a prova a produzir depender da vontade de uma das partes ou de terceiro e estes recusem a necessária colaboração, pode a parte interessada, com autorização do tribunal arbitral ou este

²⁰³⁸ O cargo de árbitro não é público, como é o de juiz. Veja-se: FERNANDA CARRILHO, *Dicionário de latim jurídico*, cit., p. 56, n.º 1326.

²⁰³⁹ Sobre a questão do *imperium* do árbitro, veja-se: DAVID CHEKROUN, “L’*imperium* de l’arbitre”, in *L’Arbitrage*, Tome 52, Dalloz, 2009, pp. 135-180. Fazendo referência ao Direito romano, este autor procede a uma distinção entre: a *jurisdictio*, o *imperium summum*, o *imperium merum* e o *imperium mixtum*. A *jurisdictio* é a faculdade de dizer o Direito. O *imperium summum* exprime o poder que detém um órgão e que lhe permite tomar medidas coactivas para fazer cumprir as suas decisões. Trata-se de um instrumento de soberania territorial. O *imperium merum* consiste no poder absoluto à disposição de um juiz estadual. O *imperium mixtum* exprime o poder de injunção intelectual que não implica um poder de coacção material. No âmbito do *imperium mixtum* do árbitro cabe: o poder de determinar as medidas compulsórias, de ordenar as partes a produzirem provas, de determinar a execução provisória da sentença. No âmbito do *imperium merum* situa-se a execução forçada da sentença arbitral, a qual escapa ao *imperium mixtum* que detém o árbitro. O referido autor parte das reflexões feitas sobre este tema por: CHARLES JARROSSON, “Réflexions sur l’*imperium*”, in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, pp. 245 e ss.

²⁰⁴⁰ J. P. REMÉDIO MARQUES, *Ação declarativa à luz do Código Revisto*, cit., p. 24; CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, cit., p. 327, N. 366; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Arbitragem e terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros”, in *Reflexões sobre arbitragem*, Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Coords.), Editora LTR São Paulo, 2002, p. 265.

mesmo, a requerimento de qualquer das partes, requerer ao tribunal judicial do lugar da realização da diligência que, perante este, seja produzida a prova. O tribunal judicial deve praticar os actos solicitados, nos limites da sua competência e com observância das regras de produção da prova a que está vinculado, e remeter os seus resultados ao tribunal arbitral. O *favor arbitrandum* em matéria da competência do tribunal arbitral encontra um limite na falta do *imperium merum* ou *jus imperium (lato sensu)* por parte do árbitro.

II. A similitude das funções desempenhadas pelo juiz e pelo árbitro, ou ainda, nalguns países pouco habituados à arbitragem, a morosidade dos tribunais judiciais no apoio aos tribunais arbitrais, poderiam justificar que se equacione a possibilidade de atribuir o *jus imperium (lato sensu)* aos árbitros, por exemplo, no âmbito das arbitragens institucionalizadas, organizadas em centros de arbitragem de reconhecimento mérito. Tratar-se-ia, por exemplo, de uma competência arbitral executiva²⁰⁴¹. Tal solução apresentaria vantagens óbvias, mas também acarretaria consigo o risco de uma profissionalização da função de árbitro. A arbitragem “ad hoc” ficaria, de alguma forma, marginalizada e ameaçada por essa diferenciação. De qualquer maneira, esta questão extravasa o âmbito da presente dissertação, não cabendo, a este passo do nosso estudo, proceder ao seu desenvolvimento.

2.2. As *anti-arbitration injunctions*

As *anti-arbitration injunctions* operam *in defavorem arbitrandum*²⁰⁴². Uma *anti-suit injunction* é a decisão (ou despacho) proferida por um juiz ou tribunal de determinado Estado visando impedir uma parte de iniciar ou prosseguir um

²⁰⁴¹ Veja-se a abordagem feita por: PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, cit., pp. 98-100; em sentido claramente contrário: RAÚL VENTURA, “A convenção de arbitragem”, cit., p. 329.

²⁰⁴² PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, cit., p. 122: “Em benefício da jurisdição arbitral, conhece, ainda, o sistema norte-americano, a *order compelling arbitration*, através da qual é imposta à parte a obrigação de cooperação com uma jurisdição arbitral estrangeira”. Sobre a conformidade da emissão de *anti-suit injunctions*, destinadas a impor à parte que se abstenha de recorrer a tribunal judicial ou de continuar uma acção antes instaurada, em violação de uma convenção de arbitragem, a Advogada Geral concluiu que o Regulamento CE opõe-se à admissibilidade de uma *anti-suit injunction*, decretada por um órgão jurisdicional de um Estado membro com fundamento em violação de convenção de arbitragem e destinada a impor a proibição de recurso a um órgão jurisdicional de um outro Estado membro. Veja-se: PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, cit., pp. 124-125.

procedimento perante o tribunal ordinário de um outro Estado. As suas origens remontam aos conflitos de competência entre os tribunais de *Common Law* e a *Court of Chancery*²⁰⁴³. O objectivo de uma *anti-suit injunction* é impedir que uma parte ignore o foro judicial ou arbitral previamente escolhido²⁰⁴⁴. As injunções são emitidas contra uma parte e não contra um tribunal²⁰⁴⁵. Com as *anti-suit injunctions*, procura-se exercer uma espécie de “*legal right not to be sued abroad*”²⁰⁴⁶. Nos sistemas de *Civil Law*, as *anti-suit injunctions* encontram paralelo, e não equivalente, nas pretensões inibitórias que visam o proferimento de uma decisão, cautelar ou definitiva, de inibição de recurso a um tribunal diverso do tribunal convencionado²⁰⁴⁷.

Uma *anti-suit injunction* passa a designar-se *anti-arbitration injunction* quando o tribunal judicial ordena a uma das partes que se abstenha de propor uma acção arbitral ou determina a suspensão de um procedimento arbitral em curso²⁰⁴⁸. Neste caso, uma *anti-arbitration injunction* pode ser usada para impedir que, após a celebração de uma convenção de arbitragem, uma parte instaure uma acção judicial em violação daquela convenção ou prossiga com a arbitragem, ou pode revelar-se através de uma ordem emitida contra a parte vencedora de executar a sentença arbitral.

²⁰⁴³ PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, cit., p. 120.

²⁰⁴⁴ JEAN PIERRE FIERENS; BART VOLDERS, “Monetary relief in lieu of anti-suit injunctions for breach of arbitration agreements”, in *Hommage à Guy Keutgen*, Cepani, Bruylant, 2013, p. 271; FRANÇOISE LEFÈVRE; OLIVIER VAN DER HAEGEN, “Arbitration and Brussels I Regulation: Before and after West Tankers”, in *Hommage à Guy Keutgen*, Cepani, Bruylant, 2013, pp. 287-302; VERA VAN HOUTTE; SOPHIE BOURGOIS, “Anti-suit injunctions and the West Tankers Decision: closing remarks”, in *Hommage à Guy Keutgen*, Cepani, Bruylant, 2013, pp. 322-335; LARISSA CLARE PONCHMANN DA SILVA; SYLVIA CHAVES LIMA COSTA, *O controle das anti-suit injunctions concedidas por juízes em face de arbitragens no cenário da união europeia: o caso C-185/07 do Tribunal da Justiça da Comunidade Europeia*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10311/Revista%20do%20Programa%20de%20Direito%20da%20União%20Europeia%20-%20número%202.pdf?sequence=1>.

²⁰⁴⁵ PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias* ..., p. 120.

²⁰⁴⁶ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “A incompatibilidade das *anti-suit injunctions* com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 – Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 10/2/2009 (C-185/07, Allianz e generali v. West Tankers)”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2009, p. 199.

²⁰⁴⁷ PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, cit., pp. 122-123: “A dedução de pretensões inibitórias de recurso a uma jurisdição é figura sem tradição no espaço continental, o que não significa que a sua inadmissibilidade deva ser imediatamente pressuposta ou inferida”.

²⁰⁴⁸ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “A competência cautelar do tribunal arbitral, em especial as providências executivas e as *anti-suit injunctions*”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra Editora, 2013, pp. 883 e ss.

2.2.1. Contra a aplicabilidade da convenção de arbitragem

O recurso às *anti-arbitration injunctions* verifica-se frequentemente no contencioso dos Contratos de Estado (*Contrats d'État*)²⁰⁴⁹. Como refere o Professor EMMANUEL GAILLARD²⁰⁵⁰, existe uma grande tentação por parte do Estado ou de empresas nacionais envolvidos em litígios cujos valores em causa sejam elevados, no sentido de impedirem a aplicabilidade da convenção de arbitragem que livremente subscreveram, requerendo às suas próprias jurisdições a interdição ou suspensão do procedimento arbitral. Quando uma *anti-arbitration injunction* é decretada por uma jurisdição do Estado da sede da arbitragem, tal facto traduz uma certa visão redutora da importância da arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios²⁰⁵¹. Alguns casos conhecidos ilustram tal prática. Entre eles, os casos *Hubco*, *COPEL* e *National Grid plc*²⁰⁵². Nalguns casos, o tribunal arbitral decidiu ignorar a injunção proferida contra o procedimento arbitral pela jurisdição estadual (v.g. nos casos *COPEL* e *National Grid plc*).

No Direito português, o n.º 4 do artigo 5.º da LAVP veda expressamente a possibilidade de concessão de *anti-arbitration injunctions*²⁰⁵³. Nos termos do referido artigo: “As questões da nulidade, cessação de eficácia ou inexecutabilidade de uma convenção de arbitragem não podem ser discutidas autonomamente em acção de simples apreciação proposta em tribunal estadual, nem em processo cautelar instaurado perante o mesmo tribunal tendo como finalidade impedir a constituição ou funcionamento de um tribunal arbitral”. Para a Professora FRANÇA GOUVEIA²⁰⁵⁴, a

²⁰⁴⁹ Um Contrato de Estado (*Contrat d'État*) é, *lato sensu*, um contrato concluído entre o Estado e um particular (v.g. um investidor estrangeiro). No sentido estrito, ou *stricto sensu*, o *contrat d'État* deve ser concluído no plano da ordem jurídica internacional, *i.e.*, o Direito aplicável deve ser o Direito Internacional Público, ou, no mínimo, o Direito interno estabilizado e as jurisdições competentes são as jurisdições arbitrais, mormente os tribunais CIRDI (DÁRIO MOURA VICENTE, “Direito aplicável aos Contratos Públicos Internacionais”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano* – Vol. 1, Coimbra Editora, 2006, pp. 289 e ss.).

²⁰⁵⁰ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 107.

²⁰⁵¹ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 116.

²⁰⁵² EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., pp. 107 e ss.

²⁰⁵³ Veja-se: CLÉMENT FOUCARD; FILIPE VAZ PINTO, “La nouvelle loi portugaise sur l'arbitrage”, cit., p. 375.

²⁰⁵⁴ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “A competência cautelar do tribunal arbitral, em especial as providências executivas e as *anti-suit injunctions*”, cit., pp. 883 e ss.

proibição da ordem de abstenção arbitral consubstanciaria “o afloramento de uma regra geral de proibição da figura da ordem de abstenção jurisdicional onde se inclui quer a arbitral, quer a judicial”.

No caso *SPE vs. Endiama* (2013)²⁰⁵⁵, a competência do tribunal arbitral foi contestada por uma das partes²⁰⁵⁶. O tribunal arbitral proferiu uma decisão interlocutória a favor da sua competência. Uma das partes dirigiu-se directamente à Autoridade de Nomeação designada de acordo com as regras da UNCITRAL, recusando todos os árbitros do processo. Face à insistência dos árbitros em prosseguir o processo, aquela parte requereu uma medida cautelar de suspensão da instância arbitral junto do Tribunal Supremo, alegando que a contraparte tentava continuar o processo arbitral com recurso a árbitros já recusados pelo juiz-presidente do Tribunal Provincial de Luanda, enquanto Autoridade de Nomeação. Em Janeiro de 2014, o Tribunal Supremo determinou a suspensão do procedimento arbitral²⁰⁵⁷.

Uma das questões levantadas por este caso foi a admissibilidade no Direito angolano de *anti-arbitration injunctions*. Nos termos do artigo 31.º da LAV, a decisão do tribunal arbitral através da qual este se declare competente para decidir a questão *sub judice* só pode ser apreciada pelo tribunal judicial depois de proferida a decisão arbitral. Decorre da LAV que os tribunais judiciais não têm primazia no que tange à apreciação da competência dos tribunais arbitrais. Daí, não se vê como um tribunal judicial em Angola poderá, sem violar o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, decretar uma *anti-arbitration injunction*. Pode-se questionar ainda a necessidade de uma revisão da LAV, no sentido de permitir a impugnação imediata da decisão interlocutória do tribunal arbitral sobre a sua competência, sem no entanto permitir a suspensão do procedimento arbitral. O Direito angolano vigente não confere esse direito às partes. Trata-se de um caso isolado na jurisprudência angolana²⁰⁵⁸.

²⁰⁵⁵ Descrito em <http://www.portaldeangola.com/2014/02/diferendo-endiama-spe-suspenso-pelo-tribunal-supremo/>; http://sol.sapo.pt/Angola/Interior.aspx?content_id=98604.

²⁰⁵⁶ Veja-se: LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 197.

²⁰⁵⁷ LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 197.

²⁰⁵⁸ LINO DIAMVUTU, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, cit., p. 197.

2.2.2. Contra a execução da sentença arbitral

Uma *anti-arbitration injunction* pode ser dirigida contra a execução da sentença arbitral na medida em que um tribunal judicial de determinado Estado tome uma decisão visando impedir a parte vencedora de executar a sentença arbitral. Ainda que a injunção provenha de uma jurisdição da sede da arbitragem, uma concepção *westfaliana* da arbitragem internacional permite delimitar os efeitos de tal ordem, devendo cada ordem jurídica decidir, no que lhe diz respeito, da sorte da sentença arbitral²⁰⁵⁹.

No caso *Société Nationale Indonésienne Pertamina vs. Société Projet KBC*²⁰⁶⁰, o litígio foi despoletado em torno da construção e desenvolvimento de uma central geotérmica na Indonésia. Na sequência da suspensão do projecto pelo governo da Indonésia, KBC instaurou um procedimento arbitral na Suíça. Foi Pertamina condenada em Dezembro de 2000 a pagar à KBC uma indemnização de cerca de 260 milhões de dólares norte-americanos. Tendo o Tribunal Federal suíço, em Abril de 2001, rejeitado o recurso de anulação formulado por Pertamina, esta recorreu às jurisdições indonésias para obter a anulação da referida sentença arbitral²⁰⁶¹. Em 27 de Agosto de 2002, Pertamina obteve do Tribunal de Jacarta a anulação da sentença, por contrariedade à ordem pública, e uma injunção proibindo à KBC a execução da dita sentença, sob pena de uma multa de 500 mil dólares por dia²⁰⁶². A KBC havia em Dezembro de 2001 obtido nos Estados Unidos da América o *exequatur* da sentença. Para o Tribunal de Apelação do *Fifth Circuit* do Texas²⁰⁶³, em sentença proferida no dia 18 de Junho de 2003, não tendo a KBC activos na Indonésia, pode simplesmente ignorar tal decisão. Por outro, o Tribunal de Apelação observou que a doutrina da cortesia internacional (*comitas gentium*) comporta uma regra de autolimitação que impele as jurisdições a restringirem razoavelmente a aplicação extraterritorial do seu *imperium*²⁰⁶⁴.

²⁰⁵⁹ Veja-se: EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 115.

²⁰⁶⁰ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 110.

²⁰⁶¹ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 111.

²⁰⁶² EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., p. 111.

²⁰⁶³ *Karaha Bodas Company LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 335 F. 3d 357 (2003).

²⁰⁶⁴ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international*, cit., pp. 111-113.

2.3. A responsabilização civil dos árbitros pelos erros *in iudicando*

A responsabilização civil dos árbitros pelos erros *in iudicando* contraria o *favor arbitrandum*, na medida em que põe em risco o resultado da arbitragem. A responsabilidade dos árbitros pode ter três vertentes: civil, penal (v.g. por corrupção activa ou passiva) ou – embora raras vezes – disciplinar (v.g. com a publicação num determinado centro de arbitragem de uma lista negra dos árbitros que cometeram erros numa instância arbitral)²⁰⁶⁵. A responsabilidade civil do árbitro pode ser contratual ou delitual²⁰⁶⁶. A missão do árbitro assenta no contrato de árbitro. O incumprimento do contrato de árbitro que celebrou com as partes origina uma responsabilidade contratual. A responsabilidade delitual pode resultar, por exemplo, de o árbitro ter praticado um acto susceptível de pôr em causa a sua responsabilidade pré-contratual²⁰⁶⁷.

A invalidação da sentença arbitral que as partes ou, pelo menos, uma delas, pode(m) procurar com responsabilização dos árbitros pelos actos jurisdicionais praticados fragiliza a posição do árbitro. PIERRE LALIVE ²⁰⁶⁸ explica a irresponsabilidade dos árbitros pelos actos ou omissões de natureza jurisdicional “*par la peur, non dénuée de fondement, de voir se multiplier à l’avenir, outre les cas de récusation plus ou moins téméraires et les recours contre les sentences, les mises en cause directes de la responsabilité de l’arbitre*”. Para um litigante que pretende vencer a todo o custo, uma acção em responsabilidade é uma ameaça ou um meio de intimidação poderoso entre as suas mãos.

A LAV prevê duas situações que dão origem à responsabilidade civil do árbitro: a primeira respeita ao caso de o árbitro ter aceitado a designação e se escusar injustificadamente ao exercício da sua função (artigo 9.º, n.º 3); e, a segunda, no caso

²⁰⁶⁵ THOMAS CLAY, *L’arbitre*, cit., p. 704; PIERRE KARRER, “Responsability of arbitrators and arbitral institutions”, in *The leading arbitrator’s guide to international arbitration*, Lawrence W. Newman; Richard D. Hill (Eds.), Juris, 2014, pp. 161-174.

²⁰⁶⁶ KLAUS PETER BERGER, *International Economic Arbitration*, Deventer, Boston, 1993, p. 236.

²⁰⁶⁷ Uma corrente doutrinária considera de natureza aquiliana ou delitual a responsabilidade pré-contratual pelo facto de o legislador português ter optado em matéria prescricional pelo prazo fixado no artigo 498.º do Código Civil. Veja-se: MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, reimpressão de 1994, pp. 86-98; sobre as diferentes teorias quanto à natureza da responsabilidade pré-contratual, veja-se: LINO DIAMVUTU, “A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, II, Lisboa, Abr-Jun. 2011, pp. 546-552.

²⁰⁶⁸ PIERRE LALIVE, “Sur l’irresponsabilité arbitrale”, in *Études de Procédure et d’arbitrage en l’honneur de J.-F. Poudret*, Faculté de Droit de l’Université de Lausanne, 1999, pp. 419-435.

de o árbitro injustificadamente obstar a que a decisão seja proferida dentro do prazo fixado legal ou convencionalmente (artigo 25.º, n.º 3). Não prevendo a LAV qualquer responsabilidade do árbitro por uma eventual má decisão, há que concluir pela inexistência de tal responsabilidade no Direito angolano. As duas exceções previstas na lei angolana reconduzem-se essencialmente à violação do contrato de árbitro: escusa injustificada ao exercício da função e obstrução à prolação de uma sentença no prazo estipulado. A irresponsabilidade do árbitro é quase absoluta no Direito angolano.

A LAV portuguesa determina, *expressis verbis*, que os árbitros não podem ser responsabilizados por danos decorrentes das decisões por eles proferidas, salvo nos casos em que os magistrados judiciais o possam ser e, nesta última hipótese, essa responsabilidade terá lugar apenas perante as partes (artigo 9.º, n.ºs 4 e 5). Segundo JOSÉ MIGUEL JÚDICE²⁰⁶⁹, “O árbitro desempenha uma função jurisdicional prevista na Constituição, pelo que deve para todos os efeitos previstos na LAV – salvo quando a especificidade da sua situação imponha uma solução diferente – ser equiparado ao juiz (...) se abrangem nesta responsabilização apenas as situações conhecidas de dolo e culpa grave, que estão adequadamente sistematizadas na doutrina e na jurisprudência”.

No Direito brasileiro, o artigo 17.º da Lei da Arbitragem determina que os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para efeitos da legislação penal. O Professor ALBERTO CARMONA²⁰⁷⁰ observa que os “eventuais *errores in iudicando* não comportarão responsabilização dos árbitros. Terão as partes, em tal caso, escolhido mal os julgadores (...). Já quanto aos *errores in procedendo* a conclusão deve ser em certa medida diversa. Se os árbitros não respondem civilmente pela má qualidade do laudo (...) o mesmo não se pode dizer quanto aos erros que vierem a ser cometidos em matéria procedimental e que acarretem a anulação do laudo”. O referido autor insiste, porém, em que a responsabilidade fique adstrita às hipóteses de dolo e de culpa grave.

²⁰⁶⁹ JOSÉ MIGUEL JÚDICE, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Almedina, 2017, p. 45; veja-se também: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem ...*, cit., pp. 137-138: “Podemos distinguir os erros *in iudicando* ou erros manifestos e inaceitáveis na decisão em si e os erros *in procedendo* ou erros procedimentais graves, com reflexos na decisão. Visadas são as decisões manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou assentes em erro de facto grosseiro, perpetradas com dolo ou culpa grave”.

²⁰⁷⁰ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo ...*, cit., pp. 264-265.

No Direito espanhol, o artigo 21.º de la *Ley* determina a responsabilidade dos árbitros por danos e prejuízos causados por má fé, temeridade ou dolo, obrigando os árbitros à contratação de um seguro de responsabilidade civil ou garantia equivalente.

Em França, é jurisprudência do Tribunal de Cassação que os árbitros, enquanto juízes privados, não podem originar a responsabilidade do Estado²⁰⁷¹. Por outro lado, o Tribunal de grande instância de Paris decidiu no caso *Bompard c. C.* que “*le bien ou mal jugé de la décision*” não põe em causa a responsabilidade do árbitro²⁰⁷² e que “*La responsabilité civile des arbitres ne peut être engagée (...) que s’il est établi à leur encontre la preuve d’une fraude, dol ou d’une faute lourde*”²⁰⁷³.

Na Bélgica, o artigo 1140.º do Código Judiciário prevê a responsabilidade dos juízes por dolo, fraude ou culpa grave. Se a função dos árbitros for analisada numa perspectiva puramente jurisdicional, aplica-se-lhes o regime previsto no referido artigo do Código Judiciário. Numa perspectiva puramente contratualista, e adoptada maioritariamente pela doutrina, o árbitro é responsável por qualquer acto susceptível de causar prejuízos²⁰⁷⁴. Tais posições devem ser ponderadas à luz da natureza mista, contratual e jurisdicional, da arbitragem²⁰⁷⁵. O chamado “*mal jugé*” ou o erro de Direito não pode levar à responsabilidade do árbitro no exercício da sua função de julgador. Segundo o Professor RENÉ DAVID²⁰⁷⁶, decidir o contrário “*serait ouvrir la porte à tous les procès et rendre vain le caractère définitif que l’on entend assurer à la sentence*”.

Na Suíça, a doutrina propende para uma responsabilidade limitada aos casos de fraude, dolo ou culpa grave²⁰⁷⁷. O árbitro goza, no entanto, de uma imunidade no exercício das suas funções propriamente jurisdicionais tal como qualquer juiz estadual²⁰⁷⁸.

²⁰⁷¹ Cass. civ. 2e, 29 janvier 1960, *Revue de l’arbitrage*, 1960, p. 121.

²⁰⁷² TGI et Cour d’appel de Paris, *Bompard*, *Revue de l’arbitrage*, 1996, p. 476; veja-se PHILIPPE FOUCHARD, “Le statut de l’arbitre dans la jurisprudence française” in *Écrits*, Comité Française de l’Arbitrage, 2007, pp. 163-164.

²⁰⁷³ TGI Paris, 13 juin 1990, *Gaz. Pal.* 1990, II, Somm. 417; confirme par Paris, 22 mai 1991, *Revue de l’arbitrage*, 1996, p. 476, obs. P. Fouchard; Cass. civ. 1re, 15 janv. 2014, n.º 11-17.196, *Dall. Actualité*, 23 janv. 2014; *D.* 2014.219, obs. X. Delpéch; *RTD com.* 2014.315, obs. E Loquin.

²⁰⁷⁴ GUY KEUTGEN; G.-A. DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, Tome I, cit., p. 286.

²⁰⁷⁵ GUY KEUTGEN; G.-A. DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, Tome I, cit., p. 286.

²⁰⁷⁶ RENÉ DAVID, *L’arbitrage dans le commerce international*, cit., p. 380, n.º 298.

²⁰⁷⁷ PIERRE LALIVE, “Sur l’irresponsabilité arbitrale”, in *Études de Procédure et d’arbitrage en l’honneur de J.-F. Poudret*, Faculté de Droit de l’Université de Lausanne, 1999, pp. 419-435.

²⁰⁷⁸ GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER; ANTONIO RIGOZZI, *Arbitrage international ...*, cit., p. 228, N. 413d.

Diferentemente, na Inglaterra, a questão é tratada sob o ângulo das imunidades. O artigo 29.º do *Arbitration Act* sob a epígrafe “Imunidade do árbitro” determina que o árbitro não é responsável pelos actos e omissões no exercício da sua missão, excepto provando-se a sua má-fé. A sua responsabilidade é retida em caso de demissão do árbitro. No Direito inglês, o árbitro goza de uma imunidade mais extensiva do que nos demais ordenamentos jurídicos analisados. Esta imunidade hoje consagrada pelo *Arbitration Act* tira a sua fonte de dois casos: *Sutcliffe v. Thackrah* e *Arenson v. Arenson*²⁰⁷⁹. Todavia, é um princípio secular do *Common Law* segundo o qual “*The King can do no wrong*”²⁰⁸⁰. Tratando-se de actos praticados “*intra vires*” (ou seja, no exercício das funções), não há responsabilidade civil²⁰⁸¹.

Nos Estados Unidos da América²⁰⁸², os árbitros e as instituições arbitrais são exonerados de qualquer responsabilidade, com base nos princípios do *Common Law* sobre a imunidade jurisdicional e quasi-jurisdicional. No caso *Corey v. New York Stock Exchange* (1982)²⁰⁸³, o Tribunal do 6º Circuito decidiu que era oportuno estender a imunidade aos árbitros pelos actos praticados no âmbito da sua missão e da sua competência uma vez que os árbitros, não tendo qualquer interesse no desfecho do litígio, não devem ser forçados a tornarem-se partes no litígio. Esta decisão pôs fim às acções contra os árbitros e que tinham por finalidade atacar a sentença arbitral. O *Revised Uniform Arbitration Act (RUAA)* de 2000, estabelecido pela *National Conference of Commissioners on State Laws*, introduziu a secção 14 (a) que prevê expressamente a imunidade dos árbitros e das instituições arbitrais. No entanto, duas excepções à imunidade arbitral são conhecidas nos Estados Unidos da América: (i) a inexecução ou o não cumprimento pelo árbitro da obrigação de proferir uma sentença num prazo razoável; (ii) a excepção à imunidade pelos pedidos em *equity*. O princípio da imunidade jurisdicional permite uma imunidade contra os pedidos de indemnização,

²⁰⁷⁹ JEAN-FRANÇOIS POUDRET; SÉBASTIEN BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 397, N. 447.

²⁰⁸⁰ Para maiores desenvolvimentos, veja-se: NÉLIA DANIEL DIAS, *A responsabilidade civil do juiz*, Dislivro, 2004, p. 180.

²⁰⁸¹ NÉLIA DANIEL DIAS, *A responsabilidade civil do juiz*, cit., p. 180.

²⁰⁸² MICHAEL A. HELFAND, “Arbitration’s Counter-Narrative: the Religious Arbitration Paradigm”, in *The Yale Law Journal*, Vol. 124, N.º 8, 2015, p. 3030; *La Responsabilité de l'arbitre – Rapport du Club des Juristes*, Commission Ad Hoc, Juin 2017, pp. 101 e ss., disponível em: <http://www.willkie.com/~media/Files/Publications/2017/06/RapportClubdesjuristesLaResponsabilitedelarbitre.pdf>.

²⁰⁸³ *La Responsabilité de l'arbitre – Rapport du Club des Juristes*, Commission Ad Hoc, Juin 2017, p. 102, disponível em: <http://www.willkie.com/~media/Files/Publications/2017/06/RapportClubdesjuristesLaResponsabilitedelarbitre.pdf>.

mas não contra as injunções. No caso *Pulliam v. Allen* (1984)²⁰⁸⁴, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos decidiu que a imunidade jurisdicional não obstava à emissão de uma injunção contra um juiz.

3. Limites dependentes da qualidade das partes

3.1. A impecuniosidade

I. Que efeitos se deve atribuir a uma convenção de arbitragem no caso de uma das partes se encontrar numa situação de falta de meios económicos para suportar os encargos inerentes à arbitragem?

A impecuniosidade refere-se à incapacidade ou impossibilidade de obter recursos financeiros, ou ainda, à insuficiência de tais meios para aceder à justiça²⁰⁸⁵. A impecuniosidade traduz a impossibilidade de formação do contrato de árbitro e, por conseguinte, constitui um caso de inaplicabilidade ou ineficácia da convenção de arbitragem²⁰⁸⁶. O problema coloca-se fundamentalmente a nível dos efeitos da convenção de arbitragem, e não da sua validade²⁰⁸⁷.

A impecuniosidade determina-se comparando-se o montante dos honorários do contrato de árbitro e os meios financeiros da parte impecuniosa²⁰⁸⁸. A impecuniosidade distingue-se do abuso na fixação dos honorários pelos árbitros, bem como da situação de cessação de pagamentos que caracteriza a falência²⁰⁸⁹. A impecuniosidade é

²⁰⁸⁴ *La Responsabilité de l'arbitre – Rapport du Club des Juristes*, Commission Ad Hoc, Juin 2017, p. 107, disponível em: <http://www.willkie.com/~media/Files/Publications/2017/06/RapportClubdesjuristesLaResponsabilitedelarbitre.pdf>.

²⁰⁸⁵ Veja-se: MARIANA FRANÇA GOUVEIA; ANA COIMBRA TRIGO, “L’affaire Garoubé: Responsabilidade das instituições arbitrais e impecuniosidade das partes”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 92.

²⁰⁸⁶ JULIE CLAVEL, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international – L'effet négatif du principe de compétence-compétence*, Université Paris II – Panthéon-Assas, 2011, p. 264; JUAN PABLO MOYANO, “Impecuniosity and the courts approach to the validity of the arbitration agreement”, in Max Scherer (ed.), *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2017, Vol. 34, N.º 4, pp. 631-652; PEDRO METELLO DE NÁPOLES, “Efeitos da insolvência na convenção de arbitragem. Insuficiência económica das partes em processo arbitral”, in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções*, Almedina, 2012, pp. 151-158.

²⁰⁸⁷ MARINE CORBÈRES, *Le développement de l'arbitrage des litiges individuels du travail*, cit., p. 79.

²⁰⁸⁸ JULIE CLAVEL, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international – L'effet négatif du principe de compétence-compétence*, cit., p. 293.

²⁰⁸⁹ JULIE CLAVEL, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international – L'effet négatif du principe de compétence-compétence*, cit., p. 293.

analisada caso a caso, em função do conjunto dos recursos de que dispõe a parte litigante²⁰⁹⁰.

O tratamento da impecuniosidade diverge nos diferentes ordenamentos jurídicos.

a) Invalidade *ex lege* da convenção de arbitragem

Na Alemanha, a impecuniosidade é considerada causa de afastamento de convenções arbitrais pelos tribunais comuns²⁰⁹¹. O *Bundesgerichtshof* alemão – refira-se o seu acórdão de 14 de Setembro de 2000²⁰⁹², no “caso do canalizador” –, decidiu de acordo com o § 1032, n.º 1, do *ZPO*, que a impecuniosidade tornava a convenção arbitral insusceptível de aplicação (“*incapable of being performed*” ou “*undurchführbar*”)²⁰⁹³. Segundo o Tribunal Federal de Justiça, a objecção à arbitragem do réu levantada no processo perante o tribunal estadual é infundada se, de acordo com a petição do demandante (neste caso: por falta de fundo do demandante), o tribunal considerar que a convenção de arbitragem é insusceptível de aplicação; não sendo necessária a rescisão do contrato²⁰⁹⁴.

²⁰⁹⁰ JULIE CLAVEL, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international – L'effet négatif du principe de compétence-compétence*, cit., p. 293.

²⁰⁹¹ NUNO PENA, “Reflexões sobre o regime da impecuniosidade nos sistemas de *Common Law* e em Portugal”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 109.

²⁰⁹² In *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, pp. 3720-3722.

²⁰⁹³ Sobre esta questão, veja-se: KLAUS SACHS, “La protection de la partie faible en arbitrage”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Vol. IV, Éditions A. Pedone, 2008, p. 75; RICHARD H. KREINDLER; JAN K. SCHAEFER, “Les cinq premières années d'application de la nouvelle législation”, cit., pp. 501-502; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Direito da Arbitragem – Ensaios*, Almedina, 2017, pp. 233 e ss.. Segundo este autor, os obstáculos que tornam a convenção de arbitragem “insusceptível de aplicação” são as seguintes:

- a) A convenção de arbitragem tem lacunas ou deficiências de redacção que não podem ser remediadas através de uma interpretação muito liberal (é o caso das chamadas convenções de arbitragem ‘patológicas’;
- b) O tribunal arbitral não pode ser constituído, por alguma razão;
- c) Os árbitros designados na convenção recusam-se a atuar ou faleceram, tendo as partes excluído a sua substituição;
- d) A arbitragem deixou de ser possível no lugar escolhido pelas partes;
- e) A entidade escolhida na convenção de arbitragem para fazer a designação dos árbitros (*appointing authority*) recusa-se a designá-los ou, entretanto, extinguiu-se. O facto de o litígio envolver partes múltiplas não é tido como uma causa de a convenção se tornar insusceptível de ser aplicada (ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Direito da Arbitragem – Ensaios*, cit., p. 226).

²⁰⁹⁴ “*Die im Prozess vor dem staatlichen Gericht erhobene Schiedseinrede des Beklagten ist unbegründet, wenn das Gericht entsprechend dem Klägervortrag (hier: wegen Mittellosigkeit des Klägers) feststellt, die Schiedsvereinbarung sei undurchführbar; einer Kündigung der Vereinbarung bedarf es nicht*”.

b) Direito à efectivação do acesso à justiça

No Direito francês, a intervenção do juiz de apoio é necessária para se constatar a impecuniosidade de uma das partes e preservar o direito de acesso à justiça com recurso para o tribunal judicial.

O caso *Pirelli vs. Licensing Projects (LP)*²⁰⁹⁵ é dos mais relevantes na jurisprudência francesa. Uma acção foi intentada pela demandante *Pirelli* contra a demandada *LP*, junto da CCI, visando a resolução do contrato de licença de uso de marca por incumprimento da demandada e a sua condenação no pagamento de indemnizações, bem como na proibição de uso de marca. No decurso do procedimento arbitral, a demandada passou de uma situação de recuperação judicial à situação de liquidação judicial. A demandada havia oportunamente apresentado a sua contestação e deduzido pedidos reconventionais. Não tendo pago as provisões para encargos devido à sua situação de insolvência, a CCI considerou como tendo sido retirados os pedidos reconventionais da demandada.

O tribunal arbitral, em sentença interlocutória, decidiu a favor da sua competência, tendo considerado que a declaração superveniente de insolvência não tinha relevância numa arbitragem internacional à luz do Direito espanhol. Na sentença final, o tribunal julgou a acção procedente, considerou regular a resolução do contrato de licença feita pela demandante, proibiu a demandada de utilizar as marcas e condenou-a ao pagamento de cerca de 3 milhões de euros, por *royalties* não pagas²⁰⁹⁶. O tribunal não se pronunciou sobre os pedidos reconventionais da demandada. No entanto, deixou claro na sentença que havia tomado em consideração, na medida do necessário para decidir sobre os pedidos da demandante, os argumentos de facto e de Direito constantes na reconvenção da demandada.

²⁰⁹⁵ Paris, 17 novembre 2011, *LP c/ Pirelli*, in *Revue de l'arbitrage*, 2012, p. 387; Cass. civ. I, 28 mars 2013, *Pirelli c/ LP*, in *Revue de l'arbitrage*, 2013, p. 746, note F.-X Train; ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *Direito da Arbitragem – Ensaaios*, cit., p. 234; veja-se também: ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A falta de capacidade económica superveniente para suportar os custos da arbitragem”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XI, Almedina, 2018, pp. 10-11; FRANCISCO PROL, “La responsabilidad de las instituciones de arbitraje (especial referencia a la ‘impecuniosity’)”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 59; MARIANA FRANÇA GOUVEIA; ANA COIMBRA TRIGO, “L’affaire Garoubé: Responsabilidade das instituições arbitrais e impecuniosidade das partes”, cit., pp. 99-101.

²⁰⁹⁶ SAMPAIO CARAMELO, *Direito da Arbitragem – Ensaaios*, cit., p. 234.

O Tribunal de Apelação de Paris²⁰⁹⁷ anulou a sentença arbitral com base na violação do direito de acesso à justiça da demandada pelo facto da retirada dos seus pedidos reconventionais. O Tribunal de Cassação²⁰⁹⁸, por sua vez, revogou a decisão do Tribunal de Apelação na medida em que se tinha absterido de apreciar a questão de saber se, no caso concreto, a recusa pelo tribunal arbitral da apreciação dos pedidos reconventionais era susceptível de violar o direito de acesso à justiça e o princípio de igualdade das partes. A violação do direito de acesso à justiça e do princípio da igualdade implicava que os pedidos reconventionais fossem indissociáveis dos pedidos principais²⁰⁹⁹.

No caso *Lola fleurs vs. Monceau fleurs et autres*²¹⁰⁰, o Tribunal de Apelação de Paris remeteu as partes para a arbitragem, não obstante o facto de a demandante ter alegado a falta de meios financeiros para suportar os encargos do processo de arbitragem. Segundo o Tribunal de Apelação, a aplicação do princípio da competência-competência e o seu efeito negativo levam a que sejam os árbitros a permitir o acesso ao juiz estadual, sendo sancionável uma eventual omissão de pronúncia sobre tal matéria²¹⁰¹.

De acordo com o Tribunal de Apelação, o carácter manifestamente inaplicável da convenção de arbitragem não pode deduzir-se da alegada incapacidade de uma parte

²⁰⁹⁷ Paris, 17 novembre 2011, *Revue de l'arbitrage*, N.º 2, 2012, pp. 267 e ss..

²⁰⁹⁸ Cass. 28 mars 2013, *Revue de l'arbitrage*, N.º 3, 2013, pp. 746-749.

²⁰⁹⁹ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Direito da Arbitragem – Ensaio*, cit., pp. 235-236: “Remeter-se o demandado para uma nova instância arbitral, quando ele não teve os meios financeiros suficientes para se defender capazmente na primeira arbitragem, equivale a negar-lhe a possibilidade de uma defesa eficaz, através de um raciocínio algo artificioso”; ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A falta de capacidade económica superveniente para suportar os custos da arbitragem”, cit., p. 11.

²¹⁰⁰ Paris, 26 février 2013, *Lola Fleurs c/ Monceau Fleurs*, in *Revue de l'arbitrage*, 2013, p. 474, note F.-X Train; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Direito da Arbitragem – Ensaio*, cit., p. 237; ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A falta de capacidade económica superveniente para suportar os custos da arbitragem”, cit., p. 12.

²¹⁰¹ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Direito da Arbitragem – Ensaio*, cit., p. 237; ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A falta de capacidade económica superveniente para suportar os custos da arbitragem”, cit., p. 3. Sobre a questão da responsabilidade das instituições financeiras em matéria de impecuniosidade, veja-se: FRANCISCO PROL, “La responsabilidad de las instituciones de arbitraje (especial referencia a la ‘impecuniosity’)”, cit., p. 59; MARIANA FRANÇA GOUVEIA; ANA COIMBRA TRIGO, “L’affaire Garoubé: Responsabilidade das instituições arbitrais e impecuniosidade das partes”, cit., pp. 98-99; Segundo Julie Clavel, “Lorsque l’État français est compétent et donc responsable de l’accès au juge arbitral, il applique le principe de compétence-compétence de manière mécanique. Or, si l’aspect positif est opportun, la conception radicale donnée à l’effet négatif porte à discussion. En effet, renvoyant les parties sans examen préalable et nécessaire devant l’arbitre, le principe de compétence-compétence dans son aspect négatif contrevient au droit d’accès effectif à la justice, et, par là même, devient illégal. Or, si l’arbitrage doit être protégé, c’est dans la mesure de son effectivité” (JULIE CLAVEL, *Le déni de justice économique dans l’arbitrage international – L’effet négatif du principe de compétence-compétence*, cit., p. 459).

fazer face ao custo de um tal processo, por causa da sua incapacidade financeira e da denegação da justiça que daí resultaria, uma vez que pertence em qualquer caso ao tribunal arbitral permitir o acesso ao juiz, sendo uma eventual falta da sua parte quanto a este ponto susceptível de ser sancionada ulteriormente²¹⁰².

A maior incongruência dessa decisão reside no facto de uma vez constatada a alegada incapacidade financeira de uma das partes, dever este remeter as partes ao juiz estadual com fundamento na suspensão da eficácia ou na inaplicabilidade da convenção de arbitragem por impossibilidade material da sua execução quando um efectivo controlo liminar sobre a validade, eficácia e aplicabilidade da convenção de arbitragem por parte do juiz estadual teria representado um ganho em termos de tempo e de encargos²¹⁰³.

Em Portugal, a questão da impecuniosidade foi apreciada pela primeira vez, em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Janeiro de 2000²¹⁰⁴. A acção foi proposta por uma pessoa singular contra um conjunto de réus, instituições bancárias e empresas públicas. O autor ignorou as convenções arbitrais estipuladas em dois contratos que celebrara com os réus, considerando ser o recurso à arbitragem um “luxo” e uma justiça de excepção para as pessoas com meios para pagar árbitros. A competência do tribunal judicial justificava-se, sobretudo, pelo facto de não poder ver limitado o seu direito de acesso à justiça. Quer o Tribunal de primeira instância, quer a Relação julgaram procedente a excepção de preterição de tribunal arbitral alegada pelos réus. O Supremo Tribunal de Justiça deu razão ao autor, socorrendo-se do disposto no artigo 790.º, n.º 1 do Código Civil, o qual prevê a extinção da obrigação quando se torna impossível por causa não imputável ao devedor. No caso concreto, “(...) não se está no domínio das obrigações em sentido técnico, mas de uma vinculação, e a “prestação”, ou seja, a obrigação de recorrer a tribunal arbitral não se tornou impossível. O que se tornou impossível foi o pagamento das despesas da arbitragem que o mesmo é dizer de uma ‘obrigação acessória’ da ‘obrigação principal’”. Ainda segundo o Tribunal, “(...) face à impossibilidade de custear tais despesas [o recurso à arbitragem], essa parte estará impossibilitada de obter justiça para o seu caso, isto é, ver-se-á

²¹⁰² ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Direito da Arbitragem – Ensaaios*, cit., p. 238.

²¹⁰³ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Direito da Arbitragem – Ensaaios*, cit., p. 238.

²¹⁰⁴ In *Boletim do Ministério de Justiça*, n.º 493, pp. 293 e ss.; veja-se: ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A falta de capacidade económica superveniente para suportar os custos da arbitragem”, cit., pp. 17-20.

impedida de ver satisfeito o seu direito de acesso à justiça para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos; melhor dizendo, num tal caso, a parte veria ser-lhe denegada justiça por insuficiência de meios económicos. Ora, este é o resultado que a Constituição não aceita”.

O Tribunal da Relação do Porto decidiu, num acórdão datado de 24 de Abril de 2001²¹⁰⁵, que, se a parte na convenção arbitral ficar, sem culpa sua, colocada numa situação de insuficiência económica que a impossibilite de custear as despesas com a arbitragem, pode recorrer aos tribunais estaduais, pedindo a resolução do caso e fazendo uso dos meios que os mesmos tribunais podem proporcionar a qualquer cidadão.

O Tribunal Constitucional português, por sua vez, julgara no seu acórdão n.º 311/2008²¹⁰⁶ (relator-Cons. Sousa Ribeiro), como inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 1 da Constituição Portuguesa, a norma do artigo 429.º, alínea j), do Código do Processo Civil de 1961, “quando interpretada no sentido de a excepção de violação da convenção de arbitragem ser oponível à parte em situação superveniente de insuficiência económica, justificativa de apoio judiciário, no âmbito de um litígio que recai sobre uma conduta a que eventualmente seja de imputar essa situação”²¹⁰⁷. No caso concreto, o Tribunal Constitucional havia considerado que a autora comprovara a impecuniosidade, tendo-lhe sido concedido o benefício de apoio judiciário. Não estando prevista a concessão de apoio judiciário nos tribunais arbitrais, a procedência da excepção de violação da convenção de arbitragem colocaria o autor numa situação de indefesa, por não poder exercer os seus direitos²¹⁰⁸. Existia uma situação conflituante gerada pela pretensão de uma das partes a ver efectivada a cláusula compromissória e pela pretensão da outra parte de obter a tutela jurisdicional efetiva²¹⁰⁹. Assim, para o Tribunal Constitucional a protecção constitucional da autonomia privada devia ceder, numa compressão *a posteriori*, assim como o princípio da confiança face ao direito à efectivação do acesso à justiça²¹¹⁰.

²¹⁰⁵ Proc. n.º 0120301. Disponível em www.dgsi.pt

²¹⁰⁶ JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Anotação ao Acórdão 311/08 do Tribunal Constitucional”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2009, p. 161.

²¹⁰⁷ ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Arbitragem na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, cit., p. 130.

²¹⁰⁸ ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Arbitragem na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, cit., p. 131.

²¹⁰⁹ ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Arbitragem na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, cit., p. 131.

²¹¹⁰ JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Anotação ao Acórdão n.º 311/2008 do Tribunal Constitucional”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, II, 2009, pp. 161-190.

Em acórdão datado de 26 de Abril de 2016²¹¹¹, o Supremo Tribunal de Justiça declarou que a ausência de possibilidades económicas para suportar os custos com a propositura de uma acção arbitral justifica que o tribunal judicial se exima do deferimento da excepção dilatória de preterição de tribunal arbitral oposta por uma parte à outra, sendo antes injuntiva a norma que obriga ao seu conhecimento e à imediata absolvição da instância.

Para o Supremo Tribunal de Justiça, o confronto entre a garantia da tutela arbitral – constitucionalmente consagrada (artigo 209.º, n.ºs 2 e 3 da CRP²¹¹²) tal como o direito da personalidade na vertente da autodeterminação das partes – e a tutela do direito, prevenida no artigo 20.º, n.º 1²¹¹³ daquele diploma fundamental, tem de ser ponderado e dirimido na sede própria, qual é a dos Tribunais Arbitrais, sem prejuízo de, se assim vier a ser entendido, a questão poder vir a ser tratada nos Tribunais comuns, se e quando aqueles órgãos concluírem pela sua incompetência, com a inaplicação da cláusula compromissória.

Em Angola, uma decisão recente, datada de 26 de Junho de 2019²¹¹⁴, proferida pelo Juíza da 2ª Secção da Sala do Cível e Administrativo do Tribunal Provincial de Luanda analisou a questão da impecuniosidade sob o prisma do direito de acesso à justiça. Segundo o Tribunal, “(...) face à impossibilidade de custear [tais] despesas, a parte estaria impossibilitado de obter justiça para o seu caso, isto é, ver-se-á impedida de ver satisfeito o seu direito de acesso à justiça para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, verificada tal situação, seria inconstitucional a aplicação das normas que prevêm a absolvição do réu da instância por preterição do tribunal arbitral”.

No caso concreto, o autor apenas alegou que o recurso à arbitragem era incipiente no ordenamento jurídico angolano e dispendioso para as partes. Não tendo demonstrado a sua insuficiência económica, o Tribunal julgou procedente a excepção de preterição do tribunal arbitral. Segundo a juíza, a prova da impecuniosidade

²¹¹¹ Proc. n.º 1212/14.5T8LSB.L1.S1, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.*, *Lei da arbitragem voluntária anotada*, cit., p. 9.

²¹¹² “(...) 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. 3. A lei determina os casos e as formas em que os tribunais previstos nos números anteriores se podem constituir, separada ou conjuntamente, em tribunais de conflitos”.

²¹¹³ “1. A todos é assegurado o acesso ao Direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”.

²¹¹⁴ Inédito. Proc. n.º 1155/14-A.

determinaria a inibição do efeito negativo do princípio da competência-competência e a absolvição do réu da instância, deixando de se aplicar a exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral por inconstitucionalidade em face do direito de acesso à justiça.

c) Incumprimento contratual

Na Inglaterra, a impecuniosidade não deve determinar o afastamento da convenção de arbitragem²¹¹⁵ e foi referida como uma situação de incumprimento contratual. No caso *Smith v. Pearl Assurance Company, Ltd* (1939)²¹¹⁶, num litígio que opôs Smith à Seguradora Pearl, o primeiro alegou a falta de condições financeiras para custear as despesas do procedimento arbitral. Caso pudesse recorrer aos tribunais comuns, prevalecer-se-ia das regras sobre o apoio judiciário (*Poor People's Rules*). O *Court of Appeal* negou razão a Smith, deferindo a exceção de preterição de tribunal arbitral.

No caso *Fakes v. Taylor Woodrow, Ltd* (1973)²¹¹⁷, John Fakes, empreiteiro de obras de construção, alegou ter sido prejudicado por uma construtora, a *Taylor Woodrow Construction Co., Ltd.*, e intentou uma acção judicial contra a construtora por incumprimento contratual, tendo beneficiado de um apoio judiciário. A construtora opôs a exceção de preterição de tribunal arbitral. O *High Court* acolheu o argumento da construtora, seguindo a jurisprudência do caso *Smith v. Pearl Assurance Company, Ltd.*

No *Court of Appeal*, LORD DENNING considerou que o facto de a insolvência de Fakes ter sido provocada pela construtora, a jurisprudência do caso *Smith* não podia ser estendida ao caso *sub judice*. Segundo ele: “*It is bad enough for a poor man to be faced with an arbitration clause usually in a printed form which he has never read. It is much worse if the courts then insist that he is to go off to arbitration where there is no legal aid. That would mean that he is denied a remedy simply because he cannot afford it. The rich man, who can afford arbitration, has his remedy there. The poor man, who cannot afford arbitration has no remedy. That will not do. If the poor man*

²¹¹⁵ NUNO PENA, “Reflexões sobre o regime da *impecuniosidade* nos sistemas de *Common Law* e em Portugal”, cit., p. 110.

²¹¹⁶ 1 All ER 95.

²¹¹⁷ 1 All ER 670.

cannot afford arbitration, he should not be compelled to go there. He should be allowed to continue his action in the courts which is the only place where he can obtain justice, situated as he is". O *Court of Appeal* reconheceu neste caso o direito de desvincular-se da convenção de arbitragem por ter sido a construtora a dar lugar à impecuniosidade de Fakes²¹¹⁸.

No caso *Paczy v. Haendler* (1981)²¹¹⁹, o litígio surgiu em torno da execução de um contrato de licenciamento industrial entre o Senhor Paczy, desempregado, beneficiário de um subsídio da segurança social e a sociedade alemã Haendler & Natermann GmbH. Quer o High Court quer o Court of Appeal declinaram competência e decidiram remeter as partes à arbitragem, apesar da impecuniosidade de Paczy.

Segundo LORD BUCKLEY: “[t]he incapacity of one party to that [arbitration] agreement to implement his obligations under the agreement does not, in my judgement, render the agreement one which is incapable of performance within the section any more than the inability of a purchaser under a contract for the purchase of land to find the purchase price when the time comes to complete the sale could be said to render the contract of sale incapable of performance. The agreement only becomes incapable of performance in my view if the circumstances are such that it could no longer be performed, even if both parties are ready, able and willing to perform it. Impecuniosity is not, I think, a circumstance of that kind”. A doutrina inglesa não considera que a perda total do acesso à justiça por uma parte seja uma violação de um direito fundamental²¹²⁰.

Os mais recentes casos confirmam a jurisprudência *Paczy*. Refiram-se os casos *Amr Amim Hamza v. Sainsbury Plc* (2007) e *BDMS Ltd v. Rafael Advanced Defence Systems* (2014)²¹²¹.

²¹¹⁸ Veja-se: NUNO PENA, “Reflexões sobre o regime da *impecuniosidade* nos sistemas de *Common Law* e em Portugal”, cit., p. 118.

²¹¹⁹ *Paczy v. Haendler & Natermann GmbH* (1981), 1 Lloyds Rep. 302, 307 (C.A. 1980).

²¹²⁰ KLAUS SACHS, “La protection de la partie faible en arbitrage”, cit., p. 77.

²¹²¹ Veja-se: NUNO PENA, “Reflexões sobre o regime da *impecuniosidade* nos sistemas de *Common Law* e em Portugal”, cit., pp. 124-128.

d) Renúncia

Nos Estados Unidos da América, um tratamento diferenciado tem sido dado à questão da impecuniosidade segundo se trate da tutela dos *statutory rights* ou não²¹²². Os *statutory rights* designam os direitos conferidos por leis federais ou estaduais e que visam proteger os consumidores de bens e de serviços financeiros, trabalhadores subordinados, operadores económicos lesados por práticas anticoncorrenciais ou pessoas lesadas por discriminações raciais, de género ou de religião²¹²³. A insuficiência de meios financeiros fora do âmbito dos *statutory rights* não constitui um obstáculo à aplicabilidade da convenção de arbitragem²¹²⁴. Caso contrário, os tribunais têm concedido mais facilmente o recurso aos tribunais judiciais.

No caso *Sink v. Aden Enter, Inc.* (2003)²¹²⁵, o Tribunal de Apelação considerou que a falta de pagamento dos custos da arbitragem pela demandada, após ter obtido a suspensão do processo judicial na sequência da excepção de incompetência por si levantada correspondia à renúncia à convenção de arbitragem.

II. O financiamento de litígios por terceiros (*Third party funding*) surgiu nos Estados Unidos da América no âmbito do contencioso judicial como meio para suprir, entre outras situações, a impecuniosidade de uma das partes litigantes²¹²⁶. O esquema mais simples do instituto consiste no financiamento feito por uma empresa que procede ao adiantamento de fundos para despesas (honorários de peritos e de advogados, preparos das custas processuais), sem a garantia de reembolso pelo cliente (parte no processo). O *funder* só será reembolsado pelas despesas incorridas em caso de sucesso, recebendo uma parte do resultado do processo ou uma “fee” de sucesso em dinheiro ou

²¹²² ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Direito da Arbitragem – Ensaaios*, cit., p. 242.

²¹²³ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Direito da Arbitragem – Ensaaios*, cit., p. 242, nota de rodapé n.º 36.

²¹²⁴ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Direito da Arbitragem – Ensaaios*, cit., p. 243; MARIANA FRANÇA GOUVEIA; ANA COIMBRA TRIGO, “L’affaire Garoubé: Responsabilidade das instituições arbitrais e impecuniosidade das partes”, cit., p. 98.

²¹²⁵ 352 F. 3d (9th Cir. 2003).

²¹²⁶ Veja-se: STEPHEN JAGUSCH, “Third party funding of international arbitrations”, in *The leading arbitrator’s guide to international arbitration*, Lawrence W. Newman; Richard D. Hill (Eds.), Juris, 2014, p. 208; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “‘Third party funding’ ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal”, in *ROA*, Ano 75, Lisboa, 2015, p. 575; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “A Regulação de ‘Third-Party funding’”, in XI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, 2018, pp. 57 e ss..

em bens (*comodities*)²¹²⁷. Este mecanismo constitui uma solução da limitação do *favor arbitrandum*, gerada pela impossibilidade de a convenção de arbitragem produzir os seus efeitos por causa da impecuniosidade de uma das partes.

O Direito inglês apresenta uma particularidade a esse respeito. Tradicionalmente, na Inglaterra, o envolvimento de um terceiro num litígio alheio era ilícito, à luz das doutrinas de *Champerty* e de *Maintenance*²¹²⁸. A doutrina de *Maintenance* impedia terceiros de financiar os litígios em que não eram partes²¹²⁹. A doutrina de *Champerty* impedia que alguém fosse retribuído com uma quota do resultado do processo judicial²¹³⁰. O *Criminal Law Act* de 1967 alterou a situação.

Uma decisão do Tribunal de Apelação (*Court of Appeal*) de 2005, no caso *Arkin v. Borchard Lines Ltd*²¹³¹, permitiu a expansão do *Third Party Funding* na Inglaterra. A sua licitude é reconhecida desde que “[s]uch funding [leaves] the claimant as the party in control of the conduct of the litigation”²¹³². O Juiz JACKSON deu, em 2009, uma grande legitimidade ao *Third Party Funding* com o seu pronunciamento favorável no sentido de este ser útil, ao permitir o acesso à justiça. Segundo ele: “*It is better for [a claimant] to recover the substantial part of his damages than nothing at all*”²¹³³.

Existem, no entanto, algumas dificuldades que podem relacionar-se com o funcionamento desse método de financiamento, nomeadamente, o risco de encorajar acções infundadas, divergências de opiniões entre o terceiro financiador, o seu cliente e o advogado contratado, em caso de proposta de transacção visando pôr termo ao litígio ou da “fee” acordada²¹³⁴. Um conflito pode surgir também entre o terceiro financiador e os demais credores do cliente, se estes ignoravam o crédito daquele²¹³⁵.

²¹²⁷ DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “‘Third party funding’ ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal”, cit., pp. 576-577.

²¹²⁸ STEPHEN JAGUSCH, “Third party funding of international arbitrations”, cit., p. 226.

²¹²⁹ STEPHEN JAGUSCH, “Third party funding of international arbitrations”, cit., p. 226.

²¹³⁰ STEPHEN JAGUSCH, “Third party funding of international arbitrations”, cit., p. 226.

²¹³¹ STEPHEN JAGUSCH, “Third party funding of international arbitrations”, cit., p. 227.

²¹³² STEPHEN JAGUSCH, “Third party funding of international arbitrations”, cit., p. 227.

²¹³³ STEPHEN JAGUSCH, “Third party funding of international arbitrations”, cit., p. 227.

²¹³⁴ HAMID G. GHARAVI, “Le financement par un tiers”, in *L’argent dans l’arbitrage*, Walid Ben Hamida; Thomas Clay (Dir.), Lextenso éditions, 2013, p. 36; STEPHEN JAGUSCH, “Third party funding of international arbitrations”, cit., pp. 217-218.

²¹³⁵ HAMID G. GHARAVI, “Le financement par un tiers”, cit., p. 36.

3.2. A imunidade de execução dos Estados

I. A imunidade de execução dos Estados coacta o *favor validitatis sententiae*. A intervenção dos Estados modernos no comércio internacional enquanto reguladores e operadores levanta a questão de saber se devem ser assimilados plenamente aos privados ou se a sua soberania ainda determina no campo da arbitragem um estatuto específico²¹³⁶. As imunidades dos Estados podem, nalguns aspectos, constituir um limite à execução da sentença arbitral, tornando-a num mero parecer jurídico. O caso *Yukos* é bastante ilustrativo. A condenação do Estado russo, em Julho de 2014, ao pagamento de uma indemnização de cerca de 50 biliões de dólares norte-americanos suscitou, de imediato, a preocupação com a dificuldade, ou até da impossibilidade, de execução da referida sentença arbitral²¹³⁷.

II. Vejamos, em primeiro lugar, a questão da imunidade de jurisdição dos Estados. A imunidade é entendida como um meio de defesa de que dispõe um Estado para subtrair-se à jurisdição de um tribunal (imunidade de jurisdição) ou à execução de uma sentença relativa aos seus bens (imunidade de execução)²¹³⁸. A imunidade de jurisdição permite, pois, ao Estado subtrair-se à jurisdição de um tribunal estrangeiro²¹³⁹. O princípio de soberania dos Estados determina que a igualdade e a independência dos Estados impedem que um deles se constitua em juiz de um outro Estado. O Estado pode invocar a sua imunidade de jurisdição perante as jurisdições estaduais chamadas a intervir para assegurar o bom funcionamento do processo arbitral v.g. na fase de constituição do tribunal arbitral. É comumente admitido que, com a celebração da convenção de arbitragem, um Estado ou uma organização internacional renuncia necessariamente a invocar a sua imunidade de jurisdição²¹⁴⁰. No dizer de

²¹³⁶ DANIEL COHEN, “Immunités d’exécution des Etats et arbitrage international”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 159-160; MARIA LUÍSA ABRANTES, *Breve reflexão sobre o Investimento Estrangeiro e o Caso de Angola*, Luanda, 2016, pp. 47-48.

²¹³⁷ DANIEL COHEN, “Immunités d’exécution des Etats et arbitrage international”, cit., pp. 159-160.

²¹³⁸ ROMAIN DUPEYRE, “Les immunités de jurisdiction et d’exécution des Etats dans l’arbitrage international”, disponível em: <https://blogavocat.fr/sites/default/files/fichiers/Les%20immunit%C3%A9s%20de%20jurisdiction%20et%20d%27ex%C3%A9cution%20d.pdf>

²¹³⁹ Cass. 1re civ., 18 de Novembro 1986, *SEEE, Revue Critique de Droit International Privé*, 1987, p. 786, note P. Mayer.

²¹⁴⁰ Cass. 1re civ., 18 de Novembro 1986, *SEEE, Revue Critique de Droit International Privé*, 1987, p. 786, note P. Mayer; *Journal de Droit International*, 1987, p. 120, note Oppetit; Cass. 1re civ.,

SAMPAIO CARAMELO²¹⁴¹, “entende-se geralmente que a subscrição pelo Estado de uma convenção de arbitragem implica a renúncia à sua imunidade perante os tribunais de outro Estado com competência para o exercício dessa função ancilar da arbitragem”. No caso UNESCO, o Tribunal de Apelação de Paris considerou que um Estado que celebrou uma convenção de arbitragem não pode prevalecer-se da sua imunidade²¹⁴². A Convenção das Nações Unidas sobre a imunidade jurisdicional dos Estados e dos seus bens, de 2 de Dezembro de 2004, consagrou esta solução no seu artigo 17.^o²¹⁴³. O Estado pode também invocar a sua imunidade relativamente ao controlo da regularidade da sentença arbitral pelo juiz da sede da arbitragem v.g. no âmbito de uma acção anulatória. Neste último caso, importa saber se o consentimento do Estado à arbitragem, ao determinar a renúncia da imunidade de jurisdição, se estende aos procedimentos estaduais ligados à arbitragem²¹⁴⁴. Para a doutrina internacional, a renúncia à imunidade de jurisdição pela celebração da convenção de arbitragem por um Estado abrange todos os procedimentos ligados à arbitragem²¹⁴⁵.

III. A imunidade de execução e a de jurisdição assentam na cortesia internacional e na soberania dos Estados, que constitui uma regra material largamente difundida. A recusa do Estado de executar voluntariamente uma sentença arbitral desfavorável levará a parte vencedora a recorrer a um juiz estadual, às vezes estrangeiro, com o intuito de obter o reconhecimento da sentença, bem como as medidas de execução forçada. A imunidade de execução pode ser invocada ainda que a imunidade de jurisdição tenha sido afastada pela convenção de arbitragem. A

11 juin 1991, *Sté Soabi c/ État du Sénégal*, *Journal de Droit International*, 1991, p. 105, note E. Gaillard; *Revue de l'arbitrage*, 1991, p. 637, note A. Broches; *RCDIP*, 1992, p. 331, note P. Lagarde; DANIEL COHEN, “Immunités d'exécution des Etats et arbitrage international”, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 160; ANDREAS BUCHER; PIERRE-YVES TSCHANZ, *International arbitration in Switzerland*, Helbing & Lichtenhahn, 1988, p. 50, N. 88; JOSÉ F. MERINO MERCHÁN; JOSÉ M^a CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, cit., p. 1239, N. 2606.

²¹⁴¹ ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *O Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, cit., p. 95.

²¹⁴² Paris, 19 juin 1998, UNESCO c. Boulois, *Revue de l'arbitrage*, 1999, p. 343, note Ch. Jarrosson.

²¹⁴³ Veja-se: ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *O Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, cit., p. 95, nota de rodapé n.º 243.

²¹⁴⁴ THOMAS SAINT-LOUBERT-BIÉ, “Les limites de l'immunité d'exécution des Etats en matière d'arbitrage international en droit anglais et en droit français, commentaire de l'arrêt Orascom Telecom Holding SAE v Chad”; disponível em: <http://blogs.u-paris10.fr/content/les-limites-de-l'immunité-d'exécution-des-etats-en-matière-d'arbitrage-international-en-droi>

²¹⁴⁵ BERTHOLD GOLDMAN, note sous C.A. Paris, 12 juill. 1984, *République Arabe d'Egypte v. SPP*, *Journal de Droit International*, 1985, p. 129; EMMANUEL GAILLARD, “Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l'arbitrage international”, in *Journal de Droit International*, n.º 4, Octobre, 2007, pp. 1163 e ss..

imunidade de execução do Estado impede qualquer medida de execução forçada resultante da sentença contra os seus bens. Tal imunidade pode assim constituir um limite à execução da sentença arbitral, constituindo, por conseguinte, uma limitação ao *favor arbitrandum* em relação à referida sentença²¹⁴⁶.

IV. Nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, a imunidade de execução é objecto de textos legislativos: o *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* de 1976 e o *State Immunity Act* de 1978 (*SIA*), respectivamente²¹⁴⁷. Uma delimitação dos bens sujeitos à execução é definida pelos Estados. Nos Estados Unidos da América, o *FSIA* determina que o conjunto de bens dos agentes ou instrumentos de um governo estrangeiro afectos a uma actividade comercial nos Estados Unidos não beneficia da imunidade de execução. A jurisprudência procura então saber em cada caso concreto se determinada parte contra quem é requerida uma execução deva ser considerada como “agente” ou “instrumento” do Estado, ou parte integral do próprio Estado. É o que realça o Supremo Tribunal, no caso *Ministry of Defense & Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Elahi* (2006)²¹⁴⁸. No Direito inglês, o *SIA* prevê na sua secção 13(4) que a imunidade de execução do Estado está afastada em relação aos bens de uso comercial²¹⁴⁹.

V. Em França, o Tribunal de Cassação decidiu que não são cobertos pela imunidade os bens objecto de uma acção em justiça, afectos à actividade económica ou comercial que relevem do Direito privado²¹⁵⁰. Em todo o caso, o Estado deve invocar a

²¹⁴⁶ MARIA LUÍSA ABRANTES, *Breve reflexão sobre o Investimento Estrangeiro e o Caso de Angola*, Luanda, 2016, pp. 49-50: “Perante este quadro de vicissitudes, as empresas estrangeiras envolvidas por contrato com o Estado fazem então, um verdadeiro finca-pé para que o Estado renuncie expressamente à sua imunidade de jurisdição e, por vezes, à imunidade dos seus bancos. São os conhecidos *Waivers* em que o Estado, ou o seu Banco Central, renunciam ao privilégio da imunidade da execução admitindo com isso, que os credores se valham do sequestro cautelar para bloquear fundos e depósitos do devedor, antes mesmo de qualquer decisão judicial sobre o mérito da acção”.

²¹⁴⁷ DANIEL COHEN, “Immunités d’exécution des Etats et arbitrage international”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 161.

²¹⁴⁸ BERTRAND DERAIS; ERIC ORDWAY, “Panorama de Jurisprudência”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Vol. IV, cit., p. 654.

²¹⁴⁹ *Orascom Telecom Holding SAE v Chad* [2009], 1 All E.R. (Comm.), 315, Queen’s Bench Division, 28 de Julho de 2008, in THOMAS SAINT-LOUBERT-BIÉ, “Les limites de l’immunité d’exécution des Etats en matière d’arbitrage international en droit anglais et en droit français, commentaire de l’arrêt *Orascom Telecom Holding SAE v Chad*”; disponível em: <http://blogs.u-paris10.fr/content/les-limites-de-l-immunité-d-exécution-des-etats-en-matière-d-arbitrage-international-en-droi>.

²¹⁵⁰ Cass. 1re civ., 14 mars 1984, *République islamique d’Iran c/ Sté Eurodif*, *Rev. arb.*, 1985, p. 69, note Couchez.

imunidade e pode renunciar à mesma de forma expressa ou tácita, desde que tal renúncia seja inequívoca²¹⁵¹. No entanto, para poder renunciar a um direito ou a determinado privilégio, é necessário que tal direito ou privilégio exista. A renúncia pelo Estado estrangeiro à sua imunidade de execução perante as jurisdições francesas pressupõe que já beneficie da mesma²¹⁵². Em bom rigor, a renúncia apenas poderia operar em relação aos bens não afectos à actividade privada litigiosa, ou melhor, em relação aos bens públicos ou diplomáticos, uma vez que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Cassação francês (Arrêt *Eurodif*), o Estado estrangeiro não beneficia da imunidade de execução em relação aos bens afectos à actividade económica ou comercial de Direito privado que está na base da acção judicial²¹⁵³. Uma nebulosa persiste sobre o âmbito da renúncia, bem como sobre os bens susceptíveis de arresto em caso de renúncia: serão apenas os bens privados ou também os bens públicos a caberem nesse âmbito?²¹⁵⁴

O conceito de “emanação” (“*théorie de l’émanation*”) reduziu fortemente o campo da imunidade de execução dos Estados. A “emanação” define-se com base, não num critério orgânico (a tutela do Estado), mas num critério funcional, a partir de um feixe de indícios da ausência completa de autonomia em relação ao Estado. Os credores beneficiários de sentenças judiciais ou arbitrais de condenações pecuniárias contra o Estado contratante ou de investimento podem contornar a imunidade de execução e proceder ao arresto de elementos patrimoniais pertencentes às suas emanações e facilmente apreensíveis no estrangeiro: contas bancárias, créditos, navios, aeronaves, mercadorias, *etc.*²¹⁵⁵.

Na jurisprudência gaulesa, a celebração de uma convenção de arbitragem implica a impossibilidade de o Estado contestar um pedido de *exequatur* da sentença arbitral proferida²¹⁵⁶. Por outras palavras, o *exequatur* de uma decisão arbitral não

²¹⁵¹ DANIEL COHEN, “Immunités d’exécution des Etats et arbitrage international”, cit., p. 161.

²¹⁵² PHILIPPE LEBOULANGER, “La renonciation à l’immunité d’exécution: désordre ou pragmatisme”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 456.

²¹⁵³ PHILIPPE LEBOULANGER, “La renonciation à l’immunité d’exécution: désordre ou pragmatisme”, cit., p. 456.

²¹⁵⁴ PHILIPPE LEBOULANGER, “La renonciation à l’immunité d’exécution: désordre ou pragmatisme”, cit., p. 456.

²¹⁵⁵ DANIEL COHEN, “Immunités d’exécution des Etats et arbitrage international”, cit., p. 162.

²¹⁵⁶ Cass. 1re civ., 18 de Novembro 1986, *SEEE*, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1987, p. 786, note P. Mayer; *JDI*, 1987, p. 120, note Oppetit; *RCDIP*, 1992, p. 331, note P. Lagarde; Paris, 1re ch. Suppl., 26 juin 1981, *Sté Benvenuti et Bonfant c/ Gvrt de la République du Congo*, *JDI*, 1981, p. 843, note B. Oppetit; *Revue de l’arbitrage*, 1982, p. 264 et comm. P. Bourel, pp. 119 e ss..

constitui um acto de execução. Trata-se, na verdade, de um acto preparatório da execução, uma vez que é a condição *sine qua non* para a sua execução. É o ensinamento que se retira do caso *Sté SOABI vs. État du Sénégal*²¹⁵⁷. O Tribunal de Cassação francês afirmou que “(...) *l’État étranger qui s’est soumis à la juridiction arbitrale a, par là-même, accepté que la sentence puisse être revêtue de l’exequatur lequel ne constitue pas, en lui-même, un acte d’exécution de nature à provoquer l’immunité d’exécution de l’Etat considéré*”.

Por outro lado, no célebre acórdão *Creighton c/ Ministère des Finances de l’État du Qatar*, o Tribunal de Cassação decidiu que “*l’engagement pris par l’État signataire de la clause d’arbitrage d’exécuter la sentence dans les termes de l’article 24 du Règlement de la Chambre de commerce internationale impliquait renonciation de cet État à l’immunité d’exécution*”. O ensinamento que promana dessa jurisprudência é de que a submissão a um regulamento de arbitragem contendo uma regra como a do actual artigo 36.º (anteriormente artigo 24.º e, posteriormente, 28.º) do Regulamento da CCI que estabelece a obrigação de as partes executarem a sentença arbitral implica a renúncia expressa à imunidade de execução do Estado²¹⁵⁸.

Para alguns autores como BRUNO OPPETIT²¹⁵⁹ e DANIEL COHEN²¹⁶⁰, é necessário rever o sistema actual de imunidade de execução dos Estados. A simples celebração de uma convenção de arbitragem pelo Estado deve valer como renúncia à sua imunidade de execução. Em termos muito eloquentes, o primeiro autor afirma que quando o Estado, que tem entre as suas missões históricas e do presente a de administrar a justiça, toma a iniciativa de recusar as decisões de justiça, tal acção é totalmente contrária ao Estado de Direito²¹⁶¹. Quanto ao segundo autor, a modificação da solução actual seria uma forma de moralizar a vida pública internacional.

Dum ponto de vista jurídico, a imunidade de execução torna a sentença (judicial ou arbitral) num simples parecer jurídico cuja eficácia dependerá da vontade do Estado em caso de condenação. Se a sentença for favorável ao Estado, a sentença será

²¹⁵⁷ Cass. 1re civ., 11 juin 1991, *Sté Soabi c/ État du Sénégal*, JDI, 1991, p. 105, note E. Gaillard; *Revue de l’arbitrage*, 1991, p. 637, note A. Broches.

²¹⁵⁸ ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *O Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, cit., p. 96.

²¹⁵⁹ BRUNO OPPETIT, “La pratique française en matière d’immunité d’exécution”, in *L’immunité d’exécution de l’étranger*, Cahiers du CEDIN, 1988, pp. 49 e 56.

²¹⁶⁰ DANIEL COHEN, “Immunités d’exécution des Etats et arbitrage international”, cit., p. 165.

²¹⁶¹ BRUNO OPPETIT, “La pratique française en matière d’immunité d’exécution”, cit., p. 91.

obrigatória. Está-se perto de uma denegação da justiça²¹⁶². O afastamento da imunidade de execução seria temperado pela determinação dos bens associados a uma actividade de soberania do Estado e, por conseguinte, subtraídos a qualquer arresto. Todos os demais bens não enumerados seriam susceptíveis de arresto²¹⁶³.

Os três acórdãos do Tribunal de Cassação, de 28 de Março de 2013, no caso *NML* não fogem a essa solução. Segundo o Tribunal de Cassação, os Estados podem, por contrato escrito, renunciar à sua imunidade de execução em relação a bens ou categorias de bens utilizados ou destinados a serem usados para fins públicos, desde que tal renúncia seja feita de maneira expressa e especial, indicando-se os bens ou categorias dos bens em relação aos quais a renúncia é consentida²¹⁶⁴.

No Direito suíço, o princípio da imunidade dos Estados estrangeiros é relativo, e não absoluto. Segundo a jurisprudência do Tribunal federal suíço, a imunidade de execução é reconhecida aos Estados estrangeiros na medida em que actuem no âmbito da sua soberania (*jure imperii*). O Estado não está protegido em relação às suas actividades comerciais, ou seja, quando actue *jure gestionis*²¹⁶⁵.

No entanto, para salvaguardar a sua economia, o legislador suíço definiu balizas quanto à execução de bens dos Estados estrangeiros. Por um lado, a execução não pode respeitar a bens usados para finalidades diplomáticas ou actividades que relevam da soberania daquele Estado. Por outro lado, centralizou a nível do Tribunal federal os recursos de apelação, ainda que não estejam esgotadas as vias de recurso a nível cantonal, contra as acções de execução visando os bens pertencentes aos Estados estrangeiros, mesmo quando actuaram *iure gestionis*²¹⁶⁶. A simples indicação da Suíça como lugar da arbitragem não é suficiente para possibilitar a execução de bens de um Estado estrangeiro localizado no território suíço²¹⁶⁷. É preciso que a relação jurídica

²¹⁶² DANIEL COHEN, “Immunités d’exécution des Etats et arbitrage international”, cit., p. 165.

²¹⁶³ DANIEL COHEN, “Immunités d’exécution des Etats et arbitrage international”, cit., pp. 168-169.

²¹⁶⁴ PHILIPPE LEBOULANGER, “La renonciation à l’immunité d’exécution: désordre ou pragmatisme”, cit., p. 460; CAROLINE KLEINER, “L’affaire du siècle: *NML c/ République d’Argentine* ou la ‘contribution’ des fonds voutours au droit international”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 391-413.

²¹⁶⁵ ANDREAS BUCHER; PIERRE-YVES TSCHANZ, *International arbitration in Switzerland*, Helbing & Lichtenhahn, 1988, p. 176, N. 369.

²¹⁶⁶ ANDREAS BUCHER; PIERRE-YVES TSCHANZ, *International arbitration in Switzerland*, cit., p. 177, N. 371.

²¹⁶⁷ ANDREAS BUCHER; PIERRE-YVES TSCHANZ, *International arbitration in Switzerland*, cit., p. 177, N. 372.

que envolva o Estado tenha conexões com o território suíço (*Binnenbeziehung*)²¹⁶⁸. Isto implica a execução das obrigações resultantes dessa relação jurídica no território suíço²¹⁶⁹.

²¹⁶⁸ Relação estreita ou *rapport étroit*

²¹⁶⁹ ANDREAS BUCHER; PIERRE-YVES TSCHANZ, *International arbitration in Switzerland*, cit., p. 177, N. 372.

Capítulo VI

Fundamentação do princípio do *favor arbitrandum*

Cumpra-nos, agora, indagar dos fundamentos do princípio do *favor arbitrandum*. Cabe, em primeiro lugar, definir o que se deve entender por “fundamento”. O fundamento é, numa acepção vulgar, a base, o alicerce, a razão, o motivo, o que legitima ou justifica uma coisa²¹⁷⁰. Numa acepção mais técnica, pode referir-se também a um conjunto de conhecimentos que sustenta uma teoria ou a um princípio ou conjunto de princípios em que assenta um sistema conceptual²¹⁷¹. De acordo com a especificidade do tema estudado, pode ter relevância a busca dos fundamentos do ponto de vista filosófico, ético, linguístico, sócio-político ou jurídico, *etc.*²¹⁷².

O fundamento do *favor arbitrandum* não pode ser analisado sem ter em consideração o contexto sócio-político e económico em que as suas manifestações se revelam. Para além disto, interessa naturalmente analisar o fundamento jurídico do princípio. É da conjugação de dados realísticos com princípios jurídicos que se chega à sua fundamentação. No nosso entender, o princípio do *favor arbitrandum* repousa em duas ordens de fundamentos: os fundamentos jurídico-políticos (**Secção I**) e os fundamentos dogmáticos (**Secção II**).

²¹⁷⁰ *Dicionário de Língua portuguesa*, 7ª edição, Porto Editora, 1994, p. 875.

²¹⁷¹ *Dicionário de Língua portuguesa*, cit., p. 875.

²¹⁷² MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Do fundamento do poder disciplinar laboral*, cit., p. 300.

Secção I

Fundamentação jurídico-política do princípio

Os fundamentos jurídico-políticos do princípio do *favor arbitrandum* assentam em quatro factores: o desenvolvimento do comércio internacional (1), a necessidade da redução das pendências nos tribunais judiciais (2), a política concorrencial entre Estados para a atracção do maior número de arbitragens internacionais (3), bem como o *favor accordandum* reconhecido pelas legislações estaduais (4). São esses dados que constituem, em grande medida, a fonte material do princípio; ou seja, as situações de facto que estão na base do princípio²¹⁷³.

1. Desenvolvimento do comércio internacional e necessidade de um sistema eficiente de resolução de litígios

I. O maior progresso industrial verificou-se verdadeiramente após a Segunda Guerra Mundial. O Professor RENÉ DAVID²¹⁷⁴ afirmara, há mais de 30 anos, que “*la vie économique de notre temps est devenue inconcevable sans l’arbitrage*”. Esta afirmação é ainda mais verdadeira hoje. Em primeiro lugar, aponta-se a complexidade e a internacionalização dos litígios, fenómeno surgido com o crescimento das trocas

²¹⁷³ Veja-se também: GÉRARD PLUYETTE, “1981-2011, trente ans de jurisprudence en matière d’arbitrage”, Texte de la conférence d’AFA, le 15 octobre 2013, p. 2: “L’idée essentielle qui me paraît avoir guidé la jurisprudence est, comme l’a exactement relevée le Professeur GAILLARD dans son article publié en 2007 intitulé ‘La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d’arbitrage international’ que je ne fais que prolonger, celle d’une grande faveur à l’arbitrage, qui s’explique, d’abord, parce que la situation de concurrence ou même d’enjeu de pouvoir entre la Justice étatique et l’arbitrage s’était nettement atténuée et, surtout, parce que les impératifs nouveaux du commerce international et la mondialisation des échanges imposaient un système d’arbitrage international attractif, efficace, sûr et prévisible. La nature mixte de l’arbitrage, conventionnelle dans sa source et juridictionnelle dans sa fonction, l’arbitre étant un juge sans pour autant constituer une juridiction, a permis à la jurisprudence de donner une interprétation extensive des textes dans une volonté d’efficacité, notamment par l’intervention du juge d’appui, au moment même où les textes devenaient moins restrictifs en matière d’arbitrage interne” (Disponível em: http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/1981-2011_30_ans_de_jurisprudence_en_matiere_d-arbitrage_par_M_le_Conseiller_Gerard_Pluyette.pdf); https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/214017/mod_resource/content/0/AULA%20evolu%C3%A7ao%20arbitragem.pdf

²¹⁷⁴ RENÉ DAVID, *Le droit du commerce international- Réflexions d’un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, Economica, 1987, p. 110; veja-se também: GUY HORSMANS, “L’importance de l’arbitrage pour le juriste belge”, in *Travaux offerts au Professeur A. Fétweis: L’arbitrage*, Ed. Story-Scientia, 1989, p. 6.

comerciais internacionais²¹⁷⁵. O surgimento de multinacionais, por vezes mais fortes, com processos produtivos em vários países caracterizou o século XX, por um lado²¹⁷⁶ e, por outro, a forte mudança de hábitos na aquisição de produtos em qualquer parte do mundo, via *internet*, condicionaram o desenvolvimento de formas mais expeditas e eficientes de obter justiça²¹⁷⁷. Conforme refere MANUEL BARROCAS²¹⁷⁸, a arbitragem constitui um fenómeno socioeconómico que, no nosso tempo, tem a sua origem e seu campo de desenvolvimento na economia e, mais particularmente, no comércio internacional. Refere que “[... A] transnacionalização das relações económicas a uma escala mundial opera ainda um efeito de desgaste mais vasto do poder de controlo dessas relações pelos Estados”²¹⁷⁹.

Em segundo lugar, as vantagens reconhecidas à arbitragem, nomeadamente a sua celeridade, confidencialidade e o seu carácter informal, bem como a neutralidade e especialização dos árbitros tornaram este meio de resolução de litígios adequado para a vida dos negócios²¹⁸⁰.

Em terceiro lugar, a competência, em muitos casos concorrente, de várias jurisdições nacionais em matéria internacional milita a favor da arbitragem que permite concentrar numa única jurisdição a competência sobre os litígios surgidos no âmbito das relações comerciais internacionais. Esta atribuição de competência permite evitar

²¹⁷⁵ THOMAS E. CARBONNEAU, “Étude historique et comparée de l’arbitrage. Vers un droit matériel de l’arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vo. 36, N.º 4, Oct-Déc. 1984, p. 729.

²¹⁷⁶ ADRIANA BRAGHETTA, *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*, cit., p. 289; MEHMET POLAT KALAFATOGLU, *L’arbitrabilité en matière de propriété industrielle – Étude en droit de l’arbitrage international*, cit., p. 33.

²¹⁷⁷ KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, “Perspectives on future developments in international arbitration”, in *The leading arbitrators’ guide to international arbitration*, Third Edition, Lawrence W. Newman; Richard D. Hill (Editors), Juris, 2014, p. 318: “(...) new kinds of contracts in fields such as the transfer of technology, genetic engineering, electronic commerce, entertainment and sports including sponsorship will present their specific demands to dispute settlement and probably take a relative greater share of arbitration cases”.

²¹⁷⁸ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 48; veja-se também: LALIVE, PIERRE, “Absolute Finality of Arbitral Awards”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2008, p. 110.

²¹⁷⁹ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 50.

²¹⁸⁰ ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema 21. Arbitraje privado internacional”, cit., pp. 1752-1754; CHRISTOPHE SERAGLINI; JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, cit., pp. 50-58; MIGUEL GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, cit., pp. 50-52.

perda de tempo e de recursos financeiros ligados a conflitos meramente processuais prévios à discussão do mérito da causa²¹⁸¹.

Em quarto lugar, o envolvimento do Estado e das pessoas colectivas de Direito público nas operações do comércio internacional favoreceram o fortalecimento da arbitragem como meio por excelência para obstar à imunidade de jurisdição dos Estados. Com efeito, a partir do século XVIII, os Estados actuaram como reguladores para velar pelo interesse geral e disciplinar as práticas comerciais²¹⁸². A partir da segunda metade do século XX, tornaram-se operadores do comércio internacional. Tal facto deveu-se a várias razões: recuperação das economias arruinadas em conflitos armados, ascensão à independência, exploração de recursos naturais, ideologias dirigistas, *etc.*. Em suma, a arbitragem evitaria que o Estado, soberano legislador ou juiz, venha acudir ao Estado contratante incumpridor das suas obrigações²¹⁸³. Neste contexto, afirma o Professor IBRAHIM FADLALLAH, “[*L’arbitrage*] ne pourra plus être simplement toléré: il devra être encouragé”²¹⁸⁴.

II. Conforme já referimos, o desenvolvimento da arbitragem inicia verdadeiramente depois do fim da Segunda Guerra Mundial, com a multiplicação das trocas comerciais. Com a criação das Nações Unidas, em 1945, foi inaugurada uma era de paz e de liberdade comercial que conduziu à globalização da economia²¹⁸⁵. A

²¹⁸¹ GUY KEUTGEN; GEORGES-ALBERT DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, Tome II, cit., p. 721.

²¹⁸² DANIEL COHEN, “Immunités d’exécution des États et arbitrage international”, cit., p. 159.

²¹⁸³ IBRAHIM FADLALLAH, “L’ordre public dans les sentences arbitrales”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, V, 1994, T. 249, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 381.

²¹⁸⁴ IBRAHIM FADLALLAH, “L’ordre public dans les sentences arbitrales”, cit., p. 381.

²¹⁸⁵ A doutrina *Calvo* (*Calvo doctrine*) ou doutrina do tratamento nacional dos estrangeiros formulada em 1896 consistiu, entre outros aspectos, na declaração de que os estrangeiros estavam obrigatoriamente submetidos à jurisdição dos tribunais locais que não podiam ser afastados pelas convenções arbitrais internacionais. A doutrina reflectiu-se em diversas legislações nacionais que tornavam inválidas as convenções arbitrais internacionais. A doutrina *Drago* formulada em 1902 não granjeou grande simpatia para com a arbitragem nos Estados da América latina. Por carta de 29 de Dezembro de 1902, o Ministro dos Negócios Estrangeiros argentino Luís Drago endereçou uma carta ao Presidente dos Estados Unidos afirmando que só na hipótese de um país devedor recusar resolver o litígio por via arbitral, ou cumprir a sentença arbitral proferida, é que o recobro compulsivo e imediato contra um Estado deveria ser aceite. Esta doutrina só veio reforçar um sentido de desconfiança em relação à arbitragem (FAUSTO DE QUADROS, *A protecção da propriedade privada pelo direito internacional público*, Almedina, 2017, pp. 15-16. Para este autor, a doutrina foi expressa em 1868; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Vol. I, Wolters Kluwer, 2014, p. 166; DÁRIO MOURA VICENTE, “Os mecanismos de resolução de litígios entre Estados e Investidores na perspectiva europeia: desenvolvimentos recentes”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 74, Jul./Dez., 2014, pp. 695-721, espec. p. 708; FRANCK NICÉPHORE YOUNG, *Arbitrage commercial international et développement*, cit., p. 32).

Câmara de Comércio Internacional iria constituir um dos factores relevantes nos trabalhos a serem desenvolvidos no quadro das Nações Unidas para a elaboração de instrumentos internacionais em matéria de arbitragem internacional, nomeadamente, a *Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. O embrião da Convenção de Nova Iorque surge no início dos anos 50 com uma proposta de Acordo Internacional. Em 1 de Março de 1955, foi encarregado, por decisão n.º 520 (VII), de 6 de Abril de 1954, um Comité de Execução de Sentenças Arbitrais, no âmbito do Conselho Económico e Social da ONU, composto por 8 países (Austrália, Bélgica, Equador, Egipto, Índia, Suécia, União Soviética e Reino Unido), de analisar a proposta da CCI²¹⁸⁶. O intuito do Acordo era aperfeiçoar a circulação de sentenças arbitrais²¹⁸⁷. O texto final foi aprovado em Nova Iorque, em 10 de Junho de 1958.

As reformas do CPC francês de 1980 e de 1981 deram um impulso à modernização das leis nacionais europeias sobre a arbitragem comercial²¹⁸⁸. Outrossim, a arbitragem conheceu um desenvolvimento notável a partir da adopção de instrumentos jurídicos internacionais, como a Convenção de Nova Iorque (CNI) de 1958, sobre o reconhecimento e a execução de decisões arbitrais estrangeiras, a Convenção de Genebra de 1961, a Convenção Inter-americana sobre a Arbitragem Comercial Internacional de 1975, a Lei-Modelo da UNCITRAL de 1985, revista em 2006 e o Regulamento da CNUDCI de 1976, revisto em 2010²¹⁸⁹. Não menos importante foi a criação em 1965 do Centro para a Resolução de Diferendos entre Estados e Nacionais de outros Estados (CIRDI ou ICSID) em Washington. Os contratos de investimentos e a generalização dos tratados bilaterais de investimento favoreceram a multiplicação das cláusulas arbitrais nos litígios envolvendo Estados e nacionais de outros Estados.

A arbitragem tornou-se o modo normal de resolução de litígios do comércio internacional. Segundo o Professor LIMA PINHEIRO²¹⁹⁰, cerca de 90% dos contratos do

²¹⁸⁶ ADRIANA BRAGHETTA, *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*, cit., pp. 47 e ss..

²¹⁸⁷ ADRIANA BRAGHETTA, *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*, cit., p. 48.

²¹⁸⁸ KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, “Perspectives on future developments in international arbitration”, cit., p. 329; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 64, N. 55.

²¹⁸⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem ...*, cit., p. 5.

²¹⁹⁰ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional ...*, cit., p. 23.

comércio internacional contêm cláusulas de arbitragem. Neste contexto, os Estados membros foram paulatinamente adoptando, a partir dos anos 80, legislações nacionais que, em consonância com os tratados internacionais, favoreçam a arbitragem. A modernização constante das legislações nacionais sobre a arbitragem a nível mundial e a forte ratificação das principais convenções internacionais sobre a arbitragem (Convenção de Nova Iorque de 1958, e CIRDI de 1965²¹⁹¹) confirmam o facto de que a arbitragem se converteu no modo por excelência de resolução de diferendos do comércio internacional (e de investimentos)²¹⁹². Entretanto, notou-se que desde os anos 60, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais estaduais e arbitrais foram apresentando soluções muito favoráveis à resolução de litígios pela via da arbitragem. As diversas manifestações do *favor arbitrandum* aqui estudadas resultam da vontade legislativa ou política de encontrar soluções pragmáticas para viabilizar a realização de arbitragens internacionais.

III. Conforme o Professor THOMAS CARBONNEAU²¹⁹³, o favorecimento em relação à arbitragem aparece nos diferentes sistemas jurídicos ocidentais dos países desenvolvidos. Assim, foram reconhecidos os princípios essenciais, que são: a subtracção dos litígios às jurisdições de Direito comum por mero efeito da cláusula compromissória; a autonomia das partes como fundamento da arbitragem; a assistência, e não a intervenção propriamente dita, dos tribunais judiciais internos durante a instância arbitral; a autonomia das convenções arbitrais em virtude da doutrina dita de *separability* ou de *Kompetenz-Kompetenz*; a faculdade reconhecida ao Estado de celebrar compromissos, apesar da sua incapacidade para tal no Direito interno (v.g. no Direito francês); uma definição restrita da ordem pública; e o controlo muito limitado das sentenças arbitrais pelas jurisdições de Direito comum.

OLIVEIRA²¹⁹⁴ e outros identificam quatro factores determinantes para a averiguação da atractividade e adequabilidade das legislações arbitrais à resolução de

²¹⁹¹ ANTONIO R. PARRA, *The history of ICSID*, Oxford University Press, 2012, p. 11: “The history of ICSID Convention has many strands, some extending back a century or more. Important influences include, for exemple, the Conventions for the Pacific Settlement of International Disputes of 1899 and 1907”.

²¹⁹² FOUCARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, cit., p. 3; FRANCK NICÉPHORE YOUNG, *Arbitrage commercial international et développement*, cit., p. 17.

²¹⁹³ THOMAS E. CARBONNEAU, “Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences”, cit., p. 729.

²¹⁹⁴ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Lei da arbitragem voluntária comentada*, cit., p. 608.

litígios transfronteiriços: (i) maiores garantias da validade, da eficácia e exequibilidade da convenção de arbitragem, incluindo a questão da arbitrabilidade do litígio; (ii) a limitação da intervenção judicial no processo arbitral; (iii) o reconhecimento amplo da autonomia privada na determinação das regras de processo e das regras de Direito aplicáveis ao fundo da causa; (iv) a finalidade da sentença arbitral e a facilidade do seu reconhecimento e execução além-fronteiras, sendo determinante, neste último aspecto, a localização da arbitragem internacional num Estado signatário da Convenção de Nova Iorque²¹⁹⁵.

Por fim, refere o Bastonário ROBERT DOSSOU²¹⁹⁶ que qualquer prática da arbitragem deriva directamente do nível de desenvolvimento económico e da implicação de cada economia nacional nas trocas comerciais internacionais. Em África, dois períodos distintos podem ser observados quanto à prática arbitral: um primeiro que inicia com as independências dos Estados africanos, em que a cláusula arbitral lhes foi imposta nos contratos internacionais de investimentos ou de transferência de tecnologia; e um segundo que iniciou nos anos 80, em que alguns Estados africanos (Costa do Marfim, Togo, Djibouti) começaram a legislar em matéria de arbitragem.

2. Necessidade de redução das pendências nos tribunais judiciais e maior segurança jurídica visando a melhoria do clima do comércio e dos investimentos internacionais

I. MANUEL BARROCAS²¹⁹⁷ observa que a popularidade da arbitragem no plano internacional influenciou as empresas no plano doméstico uma vez que se confrontavam com a acumulação de processos nos tribunais estaduais, com a consequente demora na resolução dos litígios e a carga psicológica inerente ao

²¹⁹⁵ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Lei da arbitragem voluntária comentada*, cit., p. 608; MARIA ELENA JARA VÁSQUEZ, “Decisiones de la Justicia Estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio *favor arbitralis*”, cit., p. 163: “La idoneidad del arbitraje para alcanzar tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos, y la necesidad de proteger la autonomía de la voluntad, traducida para el caso en la opción de los justiciables para diseñar un procedimiento más expedito, mejor adecuado a sus necesidades, e inclusive escoger juzgadores que son más confiables ante sus ojos, justifican, en último término, la formulación del principio *favor arbitri* o *favor arbitralis*, a cuyo alcance nos referimos posteriormente”.

²¹⁹⁶ ROBERT DOSSOU, “La pratique de l’arbitrage en Afrique”, in *L’OHADA et les perspectives de l’arbitrage en Afrique*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 125-127.

²¹⁹⁷ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 48; MARIA ELENA JARA VÁSQUEZ, “Decisiones de la Justicia Estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio *favor arbitralis*”, cit., p. 163.

contencioso judicial. Os tribunais estaduais experimentam mais dificuldades e, em muitos casos, carecem de meios para responder ao grande aumento das relações económicas, bem como à sua crescente complexidade e tecnicidade²¹⁹⁸. A arbitragem é geralmente considerada como um meio extrajudicial de resolução de conflitos susceptível de contribuir para a redução das pendências nos tribunais judiciais²¹⁹⁹.

II. Uma das razões apontadas para a demora dos tribunais judiciais na resolução de litígios radica no problema da especialização. É a especialização que permite acelerar a resolução de litígios. Em princípio, a escolha do árbitro é feita *intuitu personae*, e deve sê-lo não por conveniência, mas de modo a que seja o indivíduo dotado de habilitações particulares em determinadas matérias – por ser prático, técnico, advogado experiente – a decidir questões que mobilizam conhecimentos tecnológicos, económicos ou jurídicos especiais, e produzir em tempo acordado os resultados que dele se esperam.

Uma leitura atenta dos preâmbulos dos diversos diplomas legais nacionais deixa transparecer essa preocupação por parte do legislador. Por exemplo, o preâmbulo da Lei angolana n.º 16/03, de 25 de Julho, Lei sobre a Arbitragem Voluntária afirma que: “Face ao inevitável processo de abertura política e económica do nosso País e, consequentemente, à multiplicidade das relações económicas, comerciais e industriais ao nível quer do mercado interno, bem como internacional, torna-se conveniente e necessário conferir maior segurança, certeza e previsibilidade jurídica no que concerne à resolução dos eventuais litígios decorrentes dessas relações internas e internacionais. A arbitragem, enquanto modo extrajudicial privado de resolução de litígios, traduz-se num complemento útil e necessário aos tribunais estatais, pois concorre, em última instância, para maior eficácia, eficiência e dignificação do sistema geral de administração da justiça”.

²¹⁹⁸ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 50.

²¹⁹⁹ CORREIA FERNANDES BARTOLOMEU, *Arbitragem voluntária como meio extrajudicial de resolução de conflitos em Angola*, cit., pp. 133 e ss.; JOSÉ AUGUSTO DELGADO, “A arbitragem no âmbito internacional (aspectos gerais) e seu panorama no ordenamento jurídico nacional”, in *Reflexões sobre arbitragem*, Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Coords.), Editora LTR São Paulo, p. 421: “A arbitragem, como meio processual para a solução dos conflitos, sem a presença do Poder Judiciário, visa consolidar os anseios daqueles que estão insatisfeitos com a demora na entrega da prestação jurisdicional, não só porque contribui para aumentar o grau de discórdia com o seu semelhante, mas, também, pelo fato de lhe ser negado o direito constitucional de ver o seu direito reconhecido em tempo razoável de ser possível o seu gozo e a sua fruição”.

O legislador angolano fala de “complemento útil e necessário aos tribunais estatais”, reconhecendo implicitamente que o sistema geral da administração da justiça, em face da multiplicidade das relações comerciais, não poderá funcionar correctamente sem os tribunais arbitrais a operarem devidamente ao lado dos tribunais estatais. Sem isso, tal multiplicidade de relações comerciais com o consequente aumento da conflitualidade levará ao estrangulamento do sistema de justiça e ao aumento das pendências judiciais. Assim, o favorecimento da arbitragem é prosseguido pelos Estados, mormente o Estado angolano, como meio para mitigar o problema das pendências nos tribunais estaduais.

Em África, o problema tem uma outra dimensão. Na sua tese de doutoramento dedicada à “Arbitragem comercial internacional e desenvolvimento”, NICÉPHORE YOUNGONÉ²²⁰⁰ observa, por exemplo, que as lacunas dos sistemas jurídicos e judiciários foram as principais motivações que levaram os Estados membros da OHADA a recorrer à arbitragem e à revisão do seu Direito comercial. Com a arbitragem, a segurança judiciária melhorou consideravelmente no meio do comércio internacional. Dispensa qualquer demonstração o facto de a arbitragem constituir um dos factores de favorecimento de investimentos estrangeiros, afastando, sobretudo para o investidor, os efeitos negativos da morosidade da justiça estadual, o risco de decisões judiciais arbitrárias e da falta de garantias quanto ao primado da lei, assim como a incerteza relativamente à eficácia dos contratos. Investir é *per se* um risco, mesmo se for calculado, e não se pode adicionar a esse primeiro risco inelutável o de um sistema jurídico e judiciário flutuante e incerto (o chamado risco do sistema judiciário)²²⁰¹.

A arbitragem é caracterizada pela sua neutralidade. Nas relações comerciais internacionais, é frequente que uma das partes desconfie da imparcialidade dos tribunais judiciais do país da outra parte. O recurso à arbitragem, permite afastar a possibilidade de os tribunais judiciais de determinado Estado favorecerem interesses nacionais. De igual modo, a arbitragem promove a realização de investimentos externos minimizando o risco legal. Uma legislação da arbitragem caracterizada pelo *favor arbitrandum* contribui para um ambiente de negócios atraente e promove desta feita os investimentos externos.

²²⁰⁰ FRANCK NICÉPHORE YOUNGONÉ, *Arbitrage commercial international et développement*, cit., p. 505.

²²⁰¹ AREGBA POLO, “L’OHADA: Histoire, Objectifs, Structures”, *L’OHADA et les perspectives de l’arbitrage en Afrique*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 9.

Para muitos países em desenvolvimento, a insegurança judiciária resulta também de uma degradação bem conhecida e notável na forma como a justiça é administrada, tendo como origem uma falta de meios financeiros, uma formação insuficiente dos magistrados e dos auxiliares de justiça, bem como problemas recorrentes em matéria de deontologia²²⁰². A implicação das economias africanas nas trocas comerciais internacionais ditou a aceitação e modernização paulatinas do Direito da Arbitragem dos Estados²²⁰³.

3. Instrumento de política concorrencial entre Estados ao serviço do prestígio e das economias nacionais

I. A concorrência existente entre cidades como Paris, Londres, Hong Kong, Singapura e Genebra, para serem sedes privilegiadas das arbitragens internacionais contribui fortemente para uma política legislativa e judiciária *in favorem arbitrandum*²²⁰⁴. A atractividade da sede da arbitragem ou do país cuja lei foi escolhida para reger a arbitragem depende do grau de liberalização das soluções em prol da boa realização da arbitragem. O *favor arbitrandum* aparece, deste ponto de vista, como um instrumento de política concorrencial entre Estados e, ao mesmo tempo, um instrumento ao serviço das diversas economias nacionais.

Paris tornou-se, com a presença no seu território da Corte de Arbitragem Internacional da CCI, um lugar importante para a realização das arbitragens internacionais. EMMANUEL GAILLARD e PIERRE DE LAPASSE²²⁰⁵ relevam isto quando, acerca da reforma de 2011 do Direito francês da arbitragem interna e internacional,

²²⁰² AREGBA POLO, “L’OHADA: Histoire, Objectifs, Structures”, cit., p. 10.

²²⁰³ Um dos onze parâmetros de avaliação do ambiente de negócios medidos pelo Ranking de 190 países do *Doing Business Ranking* do Banco Mundial é a execução dos contratos que inclui a Resolução de Conflitos e, consequentemente, os mecanismos de resolução alternativa de litígios, entre os quais a arbitragem.

²²⁰⁴ Rapport Prada sur “Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris”, Mars 2011, p. 2; disponível em: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/1_Rapport_prada_20110413.pdf; veja-se também o estudo intitulado “2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration” da White & Case LLP, disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>; “2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration” da White & Case LLP, disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>; ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum* ..., p. 458; SVEN SCHILF, *Os princípios UNIDROIT, o conceito do direito e a arbitragem internacional*, cit., p. 67..

²²⁰⁵ EMMANUEL GAILLARD; PIERRE DE LAPASSE, “Le nouveau droit français de l’arbitrage interne et international”, in *Recueil Dalloz*, 20 janvier 2011, N.º 3, p. 176.

escrevem: “*Il (le texte législatif) traduit la volonté du gouvernement en parfait accord avec les praticiens opérant sur la place de Paris, de donner un nouveau souffle au droit de l’arbitrage français, dans un contexte de concurrence internationale accrue*”.

Este contexto de concorrência internacional entre grandes cidades impôs ao legislador francês, por exemplo, a adopção de um novo texto legislativo que torne claro e cada vez mais atractivo o seu Direito da Arbitragem, no intuito de manter Paris como centro mundial da arbitragem, albergando já a sede da Câmara de Comércio Internacional (CCI)²²⁰⁶.

II. As arbitragens comerciais internacionais implicam a circulação de grandes somas de dinheiro, o que permite aos grandes escritórios arrecadar valores elevados em termos de honorários. O Relatório “Prada”, realizado a pedido dos Ministérios franceses da Economia e da Justiça, em Março de 2011, refere-se aos dados de um estudo efectuado pela Associação “Paris Place d’arbitrage”, em 2010²²⁰⁷, o qual estima em cerca de 200 Milhões de Euros o volume de negócios anual de 35 escritórios de advogados, num universo de mais de 100 que desenvolvem uma actividade de arbitragem internacional em Paris²²⁰⁸.

No dizer da Professora KESSEDJIAN²²⁰⁹, “*L’arbitrage étant devenu une activité économique à fort rendement, chaque État se fait un point d’honneur de développer des règles qui y sont favorables. La France a modifié son droit en janvier 2011 (...) Il en va de la compétitivité de la place de Paris*”.

Dois anos depois do Relatório Prada, a Comissão de Assuntos Jurídicos do Conselho Nacional suíço (CAJ-N) depositou a moção 12.3012 visando a manutenção da Suíça como sede das arbitragens internacionais, sugerindo a revisão das disposições

²²⁰⁶ Peter Gottwald afirma que “(...) *international arbitration* is also a *growth industry* having become a distinct market with typical competition between suppliers. To be able to exist in such a market, many states have reformed and liberalised their arbitration law during the last 102 years either totally or for international disputes. Since 1985 the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration has been a more or less without change and it serves as a model for many further reforms being at the least an example which national legislators must consider seriously” (PETER GOTTWALD, “Summary and conclusions of the General Report”, in *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Gottwald; Schlosser (Org.), Giesecking-Verlag, Bielefeld, 1997, p. 144).

²²⁰⁷ Paris, Place d’Arbitrage – compte-rendu de mission du groupe de travail composé de MM. Pascal Durand-Barthez, Elie Kleiman et Philippe Boivin.

²²⁰⁸ Rapport Prada sur “Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris”, Mars 2011, p. 5; disponível em: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/1_Rapport_prada_20110413.pdf

²²⁰⁹ CATHERINE KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, cit., p. 459.

da lei federal relativas à arbitragem internacional. Um Relatório explicativo da Confederação Suíça, datado de 11 de Janeiro de 2017, apresenta o projecto de alteração da lei federal suíça sobre o Direito Internacional Privado quanto à arbitragem internacional²²¹⁰. O Relatório enaltece a importância da Suíça como lugar de arbitragem na Europa. Pode-se ler que “*La Suisse est aujourd’hui l’une des places arbitrales les plus importantes sur le plan international*”²²¹¹. O projecto de alteração legislativa visa reforçar “*l’attrait de la place arbitrale suisse sur le plan international*”²²¹².

A arbitragem internacional mobiliza tanto os académicos, como diversos serviços auxiliares, v.g. hotelaria, restauração, actividades de interpretação e peritagem. Por conseguinte, um Direito de Arbitragem mais avançado contribui seguramente para o crescimento dos referidos escritórios e a dinamização da economia nacional. Nestas circunstâncias, uma política legislativa que promova o *favor arbitrandum*, recolherá naturalmente o aval da comunidade arbitral. É ela também que acaba por exercer a maior pressão para a consagração jurisprudencial ou legal de soluções mais ousadas em prol do desenvolvimento do Direito da Arbitragem.

Ocorre, não poucas vezes, que algumas soluções propostas pela comunidade arbitral no sentido de uma maior liberalização sejam recusadas ou atenuadas pelas autoridades encarregadas de proceder à revisão final dos projectos legislativos submetidos à aprovação dos governos²²¹³. Mas o facto de, em regra, os especialistas chamados a trabalharem na feitura de novas legislações sobre arbitragem serem árbitros vem contribuir, sobremaneira, para a elaboração de textos pró-arbitragem, seguindo-se as tendências doutrinárias e jurisprudenciais contemporâneas.

Conforme o Professor MIGUEL GÓMEZ JENE²²¹⁴, “*Esta corriente legislativa ‘pro-arbitraje’ es fácil de entender. Atraer un arbitraje internacional a un foro*

²²¹⁰ Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé, p. 4; disponível em: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-01-11/vn-ber-f.pdf>

²²¹¹ Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé, p. 2; disponível em: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-01-11/vn-ber-f.pdf>

²²¹² Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé, p. 2; disponível em: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-01-11/vn-ber-f.pdf>

²²¹³ Disponível em: <http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2015/08/20131101EGBook-largent-dans-larbitrageRapport-de-synthse-largent.pdf>

²²¹⁴ MIGUEL GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, cit., p. 55.

concreto supone un beneficio económico evidente par el sector servicios de ese foro: ad ex. elección de abogados y uso del abanico de servicios que allí se les oferte”.

4. O *favor accordandum* ou *conciliationis*

I. O *favor accordandum* transparece nas legislações estaduais e na jurisprudência, traduzindo-se no tratamento favorável reservado às cláusulas de resolução alternativa de diferendos, nomeadamente as cláusulas arbitrais e de mediação²²¹⁵. As razões pelas quais os legisladores estaduais demonstram uma atitude favorável aos meios alternativos de resolução de litígios, e em particular, à arbitragem são as que nos referimos *supra*. O argumento de maior peso radica na necessidade de reduzir as pendências em tribunais devido ao aumento significativo de processos resultante quer da multiplicação, quer da complexidade dos negócios. O volume de trocas comerciais entre Estados e entre estes e as empresas, por um lado; e por outro, a diversidade de relações negociais que se formam entre os particulares levam o legislador a ponderar soluções que respondam à necessidade fundamental da realização da justiça para se alcançar a paz social.

Os legisladores nacionais têm tomado também a iniciativa da criação de centros de mediação para a defesa dos direitos dos consumidores. O *favor accordandum* apresenta-se como uma política legislativa de promoção de soluções extra-judiciais de litígios. O que vai no sentido da promoção da arbitragem. Quer-se com isto dizer que esse tratamento favorável quanto à admissibilidade de cláusulas de diferendos serve de alicerce para o *favor arbitrandum*. Com efeito, não é concebível o *favor arbitrandum* sem o *favor accordandum*. O segundo serve de fundamento do primeiro²²¹⁶.

²²¹⁵ LOÏC CADIET, “Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français”, in *Ritsumeikan Law Review*, N.º 28, 2011, p. 155; FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, “Formas alternativas de solução de conflitos”, in *Revista de Direito, Estudos em homenagem à Ministra Nancy Andrighi*, TJ-RJ, N.º 100, Editora Espaço Jurídico, 2014, pp. 15-21.

²²¹⁶ LOÏC CADIET, “Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français”, cit., p. 155: “La caractéristique principale de ces modes alternatifs extrajudiciaires est qu’ils se déroulent en dehors de l’institution judiciaire. Cependant, contrairement à ce que l’on pourrait croire de prime abord, les MARC ne se sont pas développés *en opposition* à la justice étatique mais, au contraire, en harmonie avec celle-ci qui a toujours témoigné bienveillance à leur égard: il existe, en France, une forte *favor arbitrandum* aussi bien qu’une forte *favor accordandum*. Cette faveur se révèle, notamment à travers le sort bienveillant réservé par la jurisprudence, y compris au plus haut niveau de la Cour de cassation, à ce que l’on appelle les clauses de différend, au premier rang desquelles se trouvent

II. Analisemos a questão do ponto de vista do Direito angolano. A arbitragem encontra consagração na Constituição da República de Angola (artigo 174, n.º 4º)²²¹⁷. Refere-se que “*A lei consagra e regula os meios e as formas de composição extrajudicial de conflitos, bem como a sua constituição, organização, competência e funcionamento*”²²¹⁸. A Lei n.º 16/03 de 25 de Julho sobre a arbitragem voluntária²²¹⁹ rege o instituto em Angola. Ainda mais explícito na consagração do *favor accordandum*, determina-se no artigo 290.º do Código de Processo Civil angolano que em qualquer estado da causa podem as partes acordar em que a decisão de toda ou parte dela seja cometida a um ou mais árbitros da sua escolha. O compromisso arbitral será lavrado no processo, ou junto o respectivo documento de que conste o referido compromisso.

Afora as normas do Código de Processo Civil, foram publicados pelo Governo angolano, como expressão da sua vontade em explorar e desenvolver a arbitragem em Angola, designadamente o Decreto n.º 4/06, de 27 de Fevereiro²²²⁰, que veio definir o regime de outorga das autorizações administrativas para a criação de Centros de Arbitragem, no contexto da realização da arbitragem institucionalizada e permanente por pessoas jurídicas; e a Resolução n.º 34/06, de 15 de Maio²²²¹, através da qual o Governo angolano reafirmou o seu empenho na Arbitragem como meio de solução de litígios sobre os direitos disponíveis, assumindo que o Estado, nas suas relações com os cidadãos, com as empresas e outras pessoas colectivas, deverá propor e aceitar a composição de diferendos com recurso a meios alternativos, como a mediação e a arbitragem.

A arbitragem participa da tutela jurisdicional efectiva consagrada na Constituição da República de Angola. O artigo 29.º da Constituição da República de

les clauses compromissoires et les clauses de médiation, dès lors du moins qu’elles ne présentent pas un caractère abusif quand elles sont insérées dans des contrats conclus entre professionnels et consommateurs”.

²²¹⁷ 5 de Fevereiro de 2010, DR Iª Série – N.º 23. Veja-se: RAÚL C. V. ARAÚJO; ELISA R. NUNES; MARCY LOPES, *Constituição da República de Angola Anotada*, Tomo II, Luanda, 2018, pp. 523-524.

²²¹⁸ A Lei Constitucional da República de Angola previa no n.º 3 do seu artigo 125.º que “Nos termos da lei podem ser criados tribunais militares, administrativos, de contas, fiscais, tribunais marítimos e arbitrais”.

²²¹⁹ DR Iª Série – N.º 58.

²²²⁰ DR Iª Série – N.º 36.

²²²¹ DR Iª Série – N.º 59.

Angola (CRA), que se refere ao acesso ao Direito e aos tribunais, enquadra-se no seu Título II, “Direitos e Deveres Fundamentais”. O Capítulo I deste Título II trata dos Princípios Gerais. Com a epígrafe “Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva”, o artigo 29.º da CRA dispõe no seu n.º 1 que “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos Tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência dos meios económicos”.

A CRA consagra o princípio do acesso ao Direito e aos Tribunais²²²². O n.º 1 do artigo 29.º da CRA não se refere exclusivamente aos Tribunais Judiciais. O que decorre deste artigo é que o acesso ao Direito e aos tribunais num Estado Democrático de Direito deve permitir a defesa dos direitos e interesses individuais e colectivos legalmente protegidos; a realização da justiça e a obtenção de uma decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. É ponto assente na doutrina e na jurisprudência o facto de que os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais.

Conforme refere o Professor REMÉDIO MARQUES ²²²³, “É pacífico, o entendimento segundo o qual os tribunais arbitrais são verdadeiros e próprios tribunais, constituindo uma categoria autónoma destes (...). Eles são um meio de concretização do direito fundamental do acesso à justiça e ao Direito (...), e não uma consequência de uma renúncia, ainda que necessária, à tutela jurisdicional; constituem eles um meio alternativo de a obter, contanto que seja respeitada a reserva de jurisdição constitucionalmente consagrada”.

²²²² No Direito português, veja-se: J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção declarativa à luz do Código Revisto*, cit., p. 20.

²²²³ JOÃO PAULO F. REMÉDIO MARQUES, “A (densidade da) falta de fundamentação da matéria de facto enquanto causa de anulação de decisão arbitral”, cit., p. 487.

Secção II

Fundamentação dogmática

A arbitragem procede da vontade das partes. Pode-se questionar se o princípio da autonomia da vontade é o fundamento dogmático idóneo para o *favor arbitrandum* (1). Esta primeira tese, conforme veremos, não resiste a uma análise crítica. Importa, por conseguinte, encontrar um fundamento apropriado ao *favor arbitrandum*. No nosso entender, o *favor arbitrandum* ampara-se, verdadeiramente, no princípio da tutela da confiança (2).

1. O princípio da autonomia privada: um possível fundamento para o *favor arbitrandum*?

I. Na medida em que a arbitragem decorre da vontade das partes que celebraram a convenção de arbitragem, o princípio da autonomia da vontade (ou privada) é o princípio fundamental que sustenta a arbitragem voluntária²²²⁴. Conforme afirma o Professor THOMAS CARBONNEAU²²²⁵, “*l’autonomie des parties [est] le principe central en droit de l’arbitrage*”. Com efeito, a autonomia privada é o elemento configurador da arbitragem²²²⁶.

A autonomia das partes revela-se nas disposições legais das legislações estaduais que determinam: (i) a possibilidade de as partes acordarem sobre as regras do processo; (ii) a possibilidade de as partes acordarem o lugar da arbitragem; (iii) a escolha da língua do processo arbitral; (iv) escolha do Direito aplicável ao fundo da

²²²⁴ Nesse sentido, veja-se: ANTÓNIO DE ARRUDA FERRER, “Da arbitragem comercial internacional”, in *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, A. 10/11, 1984/1985, p. 31; MICHAEL SCHÖLL, “Arbitrage et droit privé européen – critique d’une incursion”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexis Moure (Dir.), Vol. IV, Éditions A. Pedone, 2008, p. 162; MIGUEL GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, cit., p. 49.

²²²⁵ THOMAS E. CARBONNEAU, “Étude historique et comparée de l’arbitrage. Vers un droit matériel de l’arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences”, cit., p. 729; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional* ..., cit., pp. 34 e 37; DÁRIO MOURA VICENTE, “L’évolution récente du droit de l’arbitrage au Portugal”, cit., p. 328; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, cit., p. 104; CATARINA MONTEIRO PIRES; RUI PEREIRA DIAS, “Arbitragem internacional e autonomia privada: Primeiras reflexões”, cit., p. 233 e *passim*.

²²²⁶ PEDRO GALINDO GIL, “Artículo 4. Regras de interpretación”, in *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Carlos González-Bueno (Coord.), Consejo general del Notariado, 2014, p. 73.

causa, etc.²²²⁷. O reconhecimento por um determinado ordenamento jurídico da possibilidade de celebração de uma convenção de arbitragem válida para a resolução extrajudicial de litígios é o ponto de partida de uma reflexão sobre o *favor arbitrandum*²²²⁸. Constituirá o princípio da autonomia privada um fundamento para o *favor arbitrandum*?

II. NIANG evidencia, no Direito francês, um princípio da autonomia mais amplo do que o da autonomia privada. No domínio da arbitragem, o referido autor²²²⁹ defende que o princípio da autonomia é o fundamento dogmático do *favor arbitrandum*. “[... *Le*] *favor arbitrandum* commence un début de concrétisation conceptuelle dans le principe d’autonomie qui lui sert de leitmotiv théorique. Il n’y a sans doute pas derrière ce constat une construction intellectuelle élaborée, mais le fait est que ce fondement fécond est à la source des solutions les plus libérales”²²³⁰.

O “princípio da autonomia”, segundo o referido autor²²³¹, remete tanto para o princípio da autonomia privada como para a autonomia transnacional da arbitragem. Do princípio da autonomia, resultaram no Direito francês: a autonomia da convenção de arbitragem; a autonomia do Direito aplicável ao mérito da causa, quer a escolha seja feita pelas partes ou, subsidiariamente, pelos árbitros; a autonomia da sentença arbitral internacional, isto é, a sua completa deslocalização²²³².

A sentença arbitral internacional também não tem “nacionalidade”²²³³. Não tendo o árbitro uma *lex fori* na arbitragem internacional, e sendo admitida a existência

²²²⁷ ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, “L’arbitrage international dans la récente loi portugaise sur l’arbitrage volontaire (Loi n.º 31/86, du 29 août 1986) – Quelques réflexions”, cit., p. 56; MARIA HELENA BRITO, “As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões”, cit., pp. 40 e 42; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROSAS; SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO; GONZALO STAMPA, *Principios Generales del Arbitraje*, cit., p. 27 e *passim*; PEDRO GALINDO GIL, “Artículo 4. Regras de interpretación”, in *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Carlos González-Bueno (Coord.), Consejo general del Notariado, 2014, p. 73.

²²²⁸ LUÍS OLAVO BAPTISTA, *Arbitragem Comercial e Internacional*, cit., p. 249.

²²²⁹ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 12. O autor faz uma distinção entre a autonomia da vontade e a autonomia transnacional da arbitragem. Por um lado, a autonomia da vontade permite às partes reger a organização e o funcionamento da arbitragem; e, por outro, a autonomia transnacionalista da arbitragem permite libertar o procedimento arbitral e os actos que com ele se relacionam dos contrangimentos dos Direitos estaduais. Há, por conseguinte, uma dupla autonomia: a autonomia da vontade e a autonomia da arbitragem nas suas relações com as ordens jurídicas estaduais.

²²³⁰ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 12.

²²³¹ ABOUBAKRY NIANG, *Le favor arbitrandum*, cit., p. 13.

²²³² LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., pp. 698-700.

²²³³ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, cit., p. 701.

de uma pluralidade de ordens jurídicas estaduais susceptíveis de aplicação a uma mesma situação, rejeitou-se a hipótese de fazer prevalecer uma regra – ainda que seja uma regra de conflito – de qualquer sistema considerado²²³⁴. Por conseguinte, ao referir-se ao princípio da autonomia como fundamento possível do *favor arbitrandum*, o referido autor não o reconduz estritamente ao princípio da autonomia da vontade. A nosso ver, esta tese corresponde intrinsecamente à realidade francesa.

III. O princípio da autonomia da vontade justifica a liberdade de celebração e de modelação da convenção de arbitragem, mas não serve de base a todas as declinações do princípio do *favor arbitrandum*. O *favor validitatis* quando for interpretado como corolário do princípio do efeito útil (*favor negotii*), e na medida em que o intérprete busque a vontade real das partes, pode assentar no princípio da autonomia da vontade. Mas, será de todo impossível fundamentar o *favor validitatis sententiae* ou o *favor recognitionis* no princípio da autonomia privada.

²²³⁴ LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 698.

2. O princípio da tutela da confiança

Assumida a inaptidão do princípio da autonomia privada servir de fundamento para todas as declinações do *favor arbitrandum*, importa recorrer a um outro princípio jurídico para tal. No nosso entender, é no princípio da tutela da confiança que radica o verdadeiro fundamento dogmático do *favor arbitrandum*.

2.1. Uma dupla dimensão do princípio da confiança

I. Uma primeira dimensão do princípio que envolve a confiança é o denominado princípio da tutela da confiança. A confiança é um estado de consciência caracterizada por uma representação de certa conduta futura de outrem ou um desenrolar futuro de acontecimentos, pressupondo-se que a realidade será conforme com essa representação²²³⁵. As relações entre pessoas fundam-se na confiança na outra parte, nas circunstâncias do negócio e nas aparências²²³⁶.

A tutela da confiança é uma exigência de segurança do tráfico jurídico e uma vida colectiva pacífica e de cooperação²²³⁷. O equilíbrio social e a paz jurídica repousam em grande medida na permanência das posições jurídicas e na realização das legítimas expectativas geradas nas relações entre privados e entre estes e o Estado²²³⁸. O princípio da confiança surge como um dos princípios fundamentais por que se deve reger o ordenamento jurídico²²³⁹.

Segundo o Professor CARNEIRO DA FRADA²²⁴⁰, cabe a qualquer ordem jurídica a missão indeclinável de garantir a confiança dos sujeitos, por ser um pressuposto fundamental da paz jurídica. A confiança depositada pelas pessoas merece tutela

²²³⁵ HAZARD NEKAIES, *La protection des attentes legitimes des investisseurs étrangers*, Faculté de droit et des sciences politiques de Sousse Tunisie, 2013; disponível em: https://www.memoireonline.com/09/13/7358/m_La-protection-des-attentes-legitimes-des-investisseurs-etranagers20.html#toc54

²²³⁶ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 18; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, t. I, Almedina, 2012, pp. 969 e ss.; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., p. 19.

²²³⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coleção Teses, Almedina, 2001, p. 42.

²²³⁸ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, cit., p. 42.

²²³⁹ Supremo Tribunal de Justiça português, Acórdão de 07 de Julho de 2010, Proc. 4865/07.7TVLSB.L1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt>; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coleção Teses, Almedina, 2001, p. 1248.

²²⁴⁰ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., p. 19; ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Princípios Gerais de Direito*, cit., p. 81 e ss..

jurídica. Quando uma pessoa actua ou celebra certo acto, negócio ou contrato, tendo confiado na atitude, na sinceridade, ou nas promessas de outrem, ou confiado na existência ou na estabilidade de certas qualidades das pessoas ou das coisas, ou das circunstâncias envolventes, o Direito não pode ficar absolutamente indiferente à eventual frustração dessa confiança²²⁴¹.

A tutela da confiança pressupõe a verificação de quatro requisitos: uma situação de confiança traduzida na boa fé própria da pessoa que acredita numa conduta alheia; uma justificação para essa confiança, sem desacerto dos deveres de indagação razoáveis; um investimento de confiança consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efectivo de actividades jurídicas sobre a crença consubstanciada, em termos que desaconselham o seu preterir; e, uma imputação da confiança à pessoa atingida pela protecção dada ao confiante²²⁴².

O princípio da tutela da confiança (*principle of reliance, protección de la confianza*) encontra o seu fundamento dogmático na boa fé objectiva. O princípio da boa fé é um dos princípios gerais do Direito de vocação quase-universalizante²²⁴³. A boa fé impõe-se como regra de conduta, limite ao exercício inadmissível de posições jurídicas, subjacente v.g. no abuso do direito ou na alegação do *venire contra factum proprium*, no regime da alteração das circunstâncias, etc.²²⁴⁴. O princípio da boa fé serve de fundamento a outros princípios, como o princípio da confiança ou o princípio do enriquecimento sem causa²²⁴⁵. A tutela da confiança nas relações internacionais privadas corresponde a uma exigência do princípio da boa fé²²⁴⁶, e é um princípio concretizador do Estado de Direito²²⁴⁷.

²²⁴¹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 18.

²²⁴² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, cit., p. 1248; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, t. I, cit., p. 971; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, cit., p. 54.

²²⁴³ JEAN-FRANÇOIS ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant-Bruxelles, 2000, p. 832.

²²⁴⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., p. 527 e *passim*.

²²⁴⁵ JEAN-FRANÇOIS ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, cit., p. 834.

²²⁴⁶ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, cit., p. 56.

²²⁴⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, cit., p. 42.

II. Uma segunda dimensão do princípio da confiança evidenciada pela doutrina em matéria arbitral, – e que não será aqui tida em consideração –, refere-se à confiança que as partes devem ter em relação (i) à arbitragem enquanto modo de resolução de diferendos e (ii) aos árbitros²²⁴⁸. Deste ponto de vista, o princípio da confiança assentaria na convenção de arbitragem e no contrato de árbitro²²⁴⁹. A convenção de arbitragem seria a primeira manifestação de confiança das partes à arbitragem²²⁵⁰. Através do contrato de árbitro, as partes renovariam a sua confiança em relação à arbitragem enquanto modo de resolução de litígios e demonstrariam a sua confiança em relação a cada um dos membros do tribunal arbitral²²⁵¹.

O exercício das funções de árbitro exige a existência e a manutenção dessa confiança das partes no início e no decurso de todo o processo arbitral²²⁵². Quem participa num procedimento arbitral tem receio que, por uma razão que não saiba discernir, o tribunal arbitral seja *a priori* favorável às teses do seu adversário²²⁵³. Por conseguinte, o árbitro deve ser e parecer independente e imparcial. E, como bem escreveu o filósofo ALEXANDRE KOJÈVE²²⁵⁴: “Um homem poderá ser extremamente inteligente, enérgico, precavido, belo ou ter outras qualidades, não será escolhido se for presumido parcial. (...). Inversamente, se for conhecido ‘justo’, poder-se-á ignorar todos os seus outros defeitos”²²⁵⁵.

Segundo refere a Professora KESSEDJIAN²²⁵⁶, o árbitro “*est investi de la fonction de juger, fonction qui nous apparaît comme une marque de confiance extrême*,”

²²⁴⁸ CONSTANCE CASTRES SAINT MARTIN, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, Université Panthéon-Assas, 2015, pp. 422-424; SELMA FERREIRA LEMES, “A credibilidade na arbitragem”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2019, p. 989.

²²⁴⁹ CONSTANCE CASTRES SAINT MARTIN, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, cit., p. 422.

²²⁵⁰ CONSTANCE CASTRES SAINT MARTIN, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, cit., p. 421.

²²⁵¹ CONSTANCE CASTRES SAINT MARTIN, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, cit., p. 422.

²²⁵² SELMA FERREIRA LEMES, “A credibilidade na arbitragem”, cit., p. 989.

²²⁵³ Cf. YVES CAPON, *L'Arbitrage Interne – Composition et Constitution du Tribunal arbitral*, http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassatio...

²²⁵⁴ ALEXANDRE KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, 1943, éd. Posthume, 1981, spéc. N° 27, p. 194; THOMAS CLAY, “L'indépendance et l'Impartialité de l'Arbitre et les Règles du Procès équitable”, in *L'Impartialité du Juge et de l'Arbitre – Étude de Droit comparé*, Bruylant Bruxelles, 2006, p. 216.

²²⁵⁵ Tradução livre

²²⁵⁶ CATHÉRINE KESSEDJIAN, “Principe de la contradiction et arbitrage”, in *Revue de l'arbitrage*, 1995, p. 409; veja-se também: SELMA FERREIRA LEMES, “A credibilidade na arbitragem”, cit., pp. 990-991.

confiance qui ne doit pas être trompée”. Na verdade, conclui SAINT MARTIN²²⁵⁷, a arbitragem “*ne peut pas exister sans confiance*”²²⁵⁸, assim sendo “*Le principe de confiance est congénital à l’arbitrage*”²²⁵⁹.

O princípio da confiança fundamenta a sanção de conflitos de interesses no domínio da arbitragem comercial internacional²²⁶⁰. O emissor da confiança é cada uma das partes ao procedimento arbitral²²⁶¹. Os destinatários dessa confiança são múltiplos: o próprio instituto da arbitragem enquanto modo de resolução de diferendos, cada um dos árbitros e a instituição de arbitragem, tendo sido designada pelas partes como autoridade de nomeação²²⁶².

2.2. O princípio da tutela da confiança: fundamento do *favor arbitrandum* enquanto critério interpretativo-decisional

I. O princípio do *favor arbitrandum* encontra a sua fundamentação dogmática mais sólida no princípio da tutela da confiança²²⁶³. O Professor LAURO GAMA JR²²⁶⁴ observa que a protecção da expectativa legítima constitui uma das premissas da arbitragem comercial internacional. Conforme refere²²⁶⁵, “Diferentemente de outros ramos do direito, mais ligados ao *ius imperii* estatal, a arbitragem comercial internacional tem a sua efetividade baseada em fatores endógenos, nomeadamente (...) a protecção da expectativa legítima”. E, CARDOSO RODRIGUES²²⁶⁶ realça o facto de que

²²⁵⁷ CONSTANCE CASTRES SAINT MARTIN, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, cit., p. 427.

²²⁵⁸ CONSTANCE CASTRES SAINT MARTIN, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, cit., p. 427.

²²⁵⁹ CONSTANCE CASTRES SAINT MARTIN, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, cit., p. 427.

²²⁶⁰ CONSTANCE CASTRES SAINT MARTIN, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, cit., p. 433.

²²⁶¹ CONSTANCE CASTRES SAINT MARTIN, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, cit., p. 432.

²²⁶² CONSTANCE CASTRES SAINT MARTIN, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, cit., p. 432.

²²⁶³ LAURO GAMA JR., “Recusas fundadas no artigo V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil”, in *Arbitragem Comercial Internacional*, Arnaldo Wald; Selma Ferreira Lemes (Coord.), Saraiva, 2014, p. 244.

²²⁶⁴ LAURO GAMA JR., “Recusas fundadas no artigo V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil”, cit., p. 238.

²²⁶⁵ LAURO GAMA JR., “Recusas fundadas no artigo V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil”, cit., p. 238.

²²⁶⁶ RICARDO A. CARDOSO RODRIGUES, “As fontes da nova *lex mercatoria*: vias e reflexões”, cit., p. 73.

“As expetativas dos operadores do mercado não poderão ser frustradas, razões de ordem económica, social, política e até cultural, motivam uma tutela eficiente aos interesses e necessidades do comércio transnacional”.

Segundo o Professor GALVÃO TELLES²²⁶⁷, a expectativa é mais do que uma “simples esperança de uma aquisição”. Uma simples esperança corresponde a uma atitude psicológica, sem qualquer consistência objectiva. Por conseguinte, não merece a menor protecção jurídica. No seu dizer²²⁶⁸, “A expectativa é mais do que esperança e menos do que direito”. O Professor MENEZES CORDEIRO²²⁶⁹ adverte que “O reconhecimento geral e absoluto da tutela da confiança levaria a que boa parte das soluções jurídicas fosse desviada a favor daquilo em que, por uma razão ou outra, as pessoas acreditaram”.

A expectativa jurídica é definida pela doutrina como a situação jurídica preliminar em relação a um direito subjectivo de formação sucessiva. A expectativa, refere RAQUEL REI²²⁷⁰, situa-se “nas fronteiras do jurídico, entre o nada jurídico e o direito subjectivo”. É, de acordo com a referida autora²²⁷¹, “a faculdade dirigida à tutela e à reacção jurídica por parte do beneficiário da eventualidade do nascimento ou aquisição de um direito subjectivo (ou outra situação jurídica activa) contra perturbações ilícitas no curso dos acontecimentos conducentes à (não) concretização material do direito subjectivo (ou outra situação jurídica activa) do beneficiário”. Trata-se de uma situação jurídica autónoma do direito subjectivo²²⁷².

²²⁶⁷ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Expectativa jurídica (Algumas notas)”, in *O Direito*, Ano XC, Coimbra, 1958, pp. 2-3; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira*, cit., p. 539.

²²⁶⁸ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Expectativa jurídica (Algumas notas)”, cit., p. 3.

²²⁶⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, t. I, cit., p. 969.

²²⁷⁰ MARIA RAQUEL ALEIXO ANTUNES REI, “Da expectativa jurídica”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 54, I, Abril 1994, p. 151.

²²⁷¹ MARIA RAQUEL ALEIXO ANTUNES REI, “Da expectativa jurídica”, cit., p. 178.

²²⁷² MARIA RAQUEL ALEIXO ANTUNES REI, “Da expectativa jurídica”, cit., p. 178.

II. As manifestações do princípio do *favor arbitrandum* fazem transparecer, nitidamente ou em filigrana, a tutela da confiança das partes.

1º Em matéria de interpretação, validação ou extensão do âmbito dos efeitos da convenção de arbitragem

a) A interpretação *in favorem validitatis* da convenção de arbitragem

I. O princípio da tutela da confiança pode ser referido como fundamento do tratamento *in favorem validitatis* da convenção de arbitragem. Algumas decisões arbitrais e estaduais colocam o princípio da confiança no cerne de uma interpretação *in favorem validitatis* da convenção de arbitragem.

Refira-se, por exemplo, à sentença arbitral no caso CCI n.º 11416, de 22 de Abril de 2003²²⁷³ em que o tribunal arbitral fundamentou a interpretação extensiva da convenção de arbitragem no princípio da confiança, referindo-se à jurisprudência do Tribunal Federal suíço. Nos seus termos: “*Selon le Tribunal fédéral, pour apprécier si la clause d’arbitrage est valable au regard du droit suisse, il convient de se référer aux règles du droit suisse sur l’interprétation des déclarations de volontés. ‘Il convient ainsi de rechercher la volonté réelle des parties, ou à défaut, de faire intervenir le principe de la confiance, lequel est applicable lorsqu’il s’agit de trancher les litiges relatifs, soit au consentement requis pour qu’une convention d’arbitrage vienne à chef, soit à l’interprétation d’un tel acte [...] Selon le principe de confiance, celui qui fait une déclaration de volonté adressée à autrui est lié par sa déclaration selon le sens que le destinataire peut et doit lui attribuer de bonne foi en fonction de l’ensemble des circonstances. Il importe peu que l’auteur de la déclaration n’ait pas saisi la portée de ce qu’il disait, dès lors que le destinataire ne pouvait pas s’en apercevoir’.*”

No seu acórdão de 6 de Agosto de 2012, o Tribunal Federal suíço²²⁷⁴ procedeu ainda a uma interpretação objectiva da cláusula arbitral, rejeitando a ideia de uma interpretação restritiva, por aplicação do princípio da confiança. Retira-se desta decisão que o princípio da interpretação *in favorem validitatis* da convenção de arbitragem funda-se no princípio da confiança.

²²⁷³ Disponível em: <http://www.hirschlaw.ch/documents/lhir/ASA%20Mittelland%2011.2004%20Hirsch.pdf>

²²⁷⁴ Arrêt du TF 4A_119/2012 du 6 août 2012; disponível em: <https://www.cdbf.ch/843/>

No seu acórdão de 20 de Agosto de 2012²²⁷⁵, o Tribunal Federal suíço afirmou que “*Dans la présente espèce, l'arbitre unique n'a pas mis en évidence une volonté concordante des parties quant à la manière de concilier les deux clauses antagonistes. Il a donc interprété celles-ci selon le principe de la confiance*”. A teoria da impressão do declaratório que é uma precipitação da orientação objectivista, corresponde, segundo alguns autores, à teoria da confiança, no campo da interpretação²²⁷⁶.

II. Todas as manifestações favoráveis à validade e extensão do âmbito dos efeitos da convenção de arbitragem que elencamos, são reconduzíveis à protecção da confiança das partes. O princípio da autonomia da cláusula compromissória visa salvaguardar a confiança das partes. É verdade que a doutrina maioritária atribui à autonomia da cláusula compromissória um fundamento de ordem prática, com vista ao favorecimento da eficácia da arbitragem e da competência dos tribunais arbitrais, contudo, não nos parece longe da vontade do legislador promover com isto a salvaguarda da confiança das partes.

Do mesmo modo, é possível referir-se à tutela da confiança na fundamentação da validade da convenção de arbitragem com base no feixe de conexões validantes constituídas pela *lex fori*, pela *lex contractus* e pela *lex compromissi*.

A tutela da confiança permite ainda a protecção do particular que celebrou uma convenção de arbitragem com um Estado, sendo que este último não poderá defraudar as legítimas expectativas daquele com base no seu Direito, para evitar que uma questão abrangida pela convenção de arbitragem seja objecto de arbitragem. Conforme referimos infra, na jurisprudência dos tribunais arbitrais da CCI recorre-se ao princípio da tutela da confiança legítima para justificar a proibição feita ao Estado de alegar o

²²⁷⁵ 4A_240/2012; disponível em: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/120820_4A_240-2012.html

²²⁷⁶ Veja-se a doutrina referida por: LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5ª edição, cit., p. 447. No mesmo sentido: DÁRIO MOURA VICENTE, “A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do Direito comparado”, in *Revista de Direito Civil*, Ano 1 (2016), N.º 2, António Menezes Cordeiro (Dir.), pp. 287-288: “O valor da confiança manifesta-se no Direito português, nomeadamente, na disciplina legal dos problemas da formação do negócio jurídico, da interpretação da declaração negocial e da falta e vícios da vontade e da declaração (...). A tutela da confiança encontrou acolhimento normativo expresso na cláusula geral da boa fé consignada no parágrafo 242 do *BGB*. Nela se funda o substancial alargamento do escopo obrigatório do contrato levado a cabo pela jurisprudência alemã ao longo de um século e acolhido no Código Civil através da Lei de Modernização do Direito das Obrigações: é a tutela da confiança que justifica, designadamente, a imposição aos contraentes de certos deveres acessórios de conduta perante a contraparte, tanto nos preliminares como na execução dos contratos, assim como a inclusão de terceiros na esfera de protecção do contrato”.

seu Direito interno de ignorar uma convenção de arbitragem por ele celebrada. No já referido caso CCI n.º 1939²²⁷⁷, o tribunal arbitral decidiu que “*L’ordre public international s’opposerait avec force à ce qu’un organe étatique, traitant avec des personnes étrangères au pays puisse passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d’arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou dans la procédure d’exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole*”.

Um acórdão do Tribunal de Apelação do Cairo, de 19 de Março de 1997²²⁷⁸, fundamentou a regra em causa na necessidade da tutela da confiança das partes. Assim, “*les personnes de droit public ne peuvent écarter une clause d’arbitrage insérée dans leur contrat en invoquant des restrictions légales, même si elles sont réelles. De surcroît, permettre aux personnes de droit public de s’affranchir d’une clause d’arbitrage qu’elles ont insérée dans un contrat avec une partie étrangère en soutenant que les contrats administratifs ne peuvent être soumis à l’arbitrage, est de nature à ébranler la confiance des parties qui traitent avec ces organes et peut causer de graves dommages aux investissements étrangers et aux projets de développement*”.

Noutras decisões²²⁷⁹, a impossibilidade de os Estados contestarem posteriormente o seu consentimento à arbitragem traduz a aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* ou do *estoppel*. O argumento resulta do texto da sentença arbitral no caso *Framatome*, em que o tribunal arbitral afirmou a existência de um princípio geral universalmente reconhecido, tanto nas relações inter-estaduais como nas relações internacionais privadas, que interdita um Estado de negar ou contestar a convenção de arbitragem que celebrou. Quer o *venire contra factum proprium*, quer o *estoppel* se fundam na tutela da confiança legítima.

De acordo com o Professor VIEIRA ROCHA²²⁸⁰, “(...) o princípio do *favor arbitrandum* (...) sintetiza a necessidade de se preservar, sempre que possível, a integridade da arbitragem”. Transparece no pronunciamento do referido autor que a protecção da confiança está intimamente ligada ao *favor arbitrandum*.

²²⁷⁷ Caso CCI n.º 1939, in *Journal de Droit International*, 1982, pp. 971 e 977.

²²⁷⁸ In *Revue de l’arbitrage*, 1997, pp. 283 e ss., note Ph. Leboulanger.

²²⁷⁹ PHILIPPE PINSOLLE, “Les applications du principe de l’interdiction de se contredire au détriment d’autrui en droit du commerce international”, in *L’interdiction de se contredire au détriment d’autrui*, Actes du colloque du 13 janvier 2000, Economica, 2001, pp. 37 e 39.

²²⁸⁰ CAIO CESAR VIEIRA ROCHA, “Preliminar de arbitragem no Código de Processo Civil brasileiro (Lei n.º 13.105, de 2015)”, in *RJLB*, Ano 3, 2017, p. 328.

b) O princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem

O princípio da confiança manifesta-se nos Direitos angolano e português, entre outros casos, na disciplina legal dos problemas da formação do negócio jurídico, da interpretação da declaração negocial, bem como da falta e vícios da vontade e da declaração. Quando o julgador decide pela extensão do âmbito dos efeitos da convenção de arbitragem objectiva ou subjectivamente, aplicando o princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem, é protegida a parte que possa legitimamente defender a inclusão passiva ou activa de não signatários ou de matérias que devam ser abrangidas no âmbito de determinada instância arbitral.. Assim, o princípio da tutela da confiança constitui o fundamento dogmático do *favor arbitrandum* em matéria de interpretação, validação ou extensão do âmbito dos efeitos da convenção de arbitragem.

2º Em matéria da competência do tribunal arbitral

I. A competência do tribunal arbitral decorre da autonomia das partes. Contudo, a competência-competência do árbitro, salvo nos ordenamentos jurídicos como o dos Estados Unidos da América, que lhe reconhecem um carácter meramente contratual, não procede directamente da autonomia das partes. Existe uma parte da doutrina que defende que a competência-competência do árbitro assenta na presunção segundo a qual as partes à convenção de arbitragem entenderam também submeter essa questão prévia (decisão sobre a competência do tribunal) aos árbitros²²⁸¹. Assim sendo, a consagração legal do princípio da competência-competência visaria também tutelar a confiança das partes.

II. Pode apelar-se ao princípio da confiança para justificar a ampliação da arbitrabilidade dos litígios ou *favor arbitrandum* (*stricto sensu*). A confiança que merece a arbitragem por parte dos diversos actores económicos justifica o alargamento das matérias suceptíveis de solução por via arbitral. Na dúvida, se determinada matéria

²²⁸¹ PIERRE MAYER, “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence”, cit., p. 339; POUDRET; BESSON, *Droit Comparé de l’arbitrage international*, cit., pp. 407-408.

prevista pela convenção das partes é arbitrável, há que privilegiar a sua solução por via da arbitragem. Esta opção encontra amparo no princípio da confiança. O princípio da confiança concorre à plena realização do princípio da autonomia das partes. Se as partes livremente convencionaram no sentido de os seus litígios serem dirimidos por via arbitral, importa que o intérprete ou o julgador analise as questões que surgem no procedimento arbitral na perspectiva da cautela das expectativas que legitimamente as partes poderiam criar. Por conseguinte, concluímos que o princípio da confiança é o fundamento dogmático do *favor arbitrandum*.

3º Em matéria de validação e do reconhecimento da sentença arbitral (estrangeira)

a) O *favor validitatis sententiae*

A sentença arbitral não constitui um negócio privativo. Os seus efeitos são regulados por lei. O legislador fixa os requisitos formais e substanciais de validade da sentença arbitral. As consequências da falta de requisito de validade determinadas por lei são, em regra, ditadas pelo próprio legislador. Estamos num campo que não deixa margem para a autonomia das partes. Por conseguinte, o *favor validitatis sententiae* que determina preferir a validade da sentença à sua invalidade, tem âncora na tutela da confiança. Desde que os motivos que possam conduzir à anulação da sentença sejam secundários, há que tutelar a confiança das partes. O que está em causa não é a protecção do espaço de actuação autónoma das partes, mas a protecção das suas expectativas legítimas. Trata-se de evitar a defraudação das suas legítimas expectativas em relação à validade de uma sentença proferida na sequência de um processo que se pensou indemne, quando for eivado de um vício leve. A autonomia privada não encontra aqui qualquer expressão para servir de fundamento ao *favor validitatis sententiae*.

b) O *favor recognitionis*

O reconhecimento de uma sentença estrangeira é uma matéria de soberania estadual. E, no âmbito da arbitragem internacional, o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país de origem não poderá encontrar alguma base na autonomia da vontade. Por conseguinte, o princípio da autonomia privada não pode oferecer um fundamento dogmático ao *favor recognitionis*. Quando o legislador ou os tribunais estaduais aplicam o *favor recognitionis*, têm em vista a tutela da confiança das partes. As razões dessa tutela da confiança podem ser diversas. Pode tratar-se, por exemplo, da anulação de uma sentença arbitral no país de origem por motivos de corrupção dos juízes ou de carácter puramente político. A tutela da confiança da parte vencedora que agora requer o reconhecimento da sentença anulada no país da sede, pode ditar num determinado ordenamento jurídico tal reconhecimento.

O *favor recognitionis* assenta na tutela da confiança na medida em que o Estado procura tanto quanto possível, não pôr em causa o resultado da arbitragem, promovendo mecanismos mais céleres de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras. A grande maioria dos ordenamentos jurídicos considerados excluem a revisão de mérito da sentença *revidenda*, procedem a uma interpretação estrita da ordem pública e admitem uma presunção *iuris tantum* de validade da sentença arbitral estrangeira a ser reconhecida, *etc.*.

2.3. O princípio da tutela da confiança: fundamento do *favor arbitrandum* enquanto princípio positivo supralegal

a) Directriz para a formulação de normas pró-arbitragem

Pode-se questionar se, na sua dimensão supralegal, enquanto directriz que orienta o legislador no sentido da formulação de normas pró-arbitragem, existirá alguma protecção da confiança das partes a esse nível?

O Professor OLIVEIRA ASCENSÃO²²⁸² observa que “a confiança é factor pré-legislativo. A regra visará criar um ambiente de confiança (...)”. Na mesma linha de

²²⁸² JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, 2.º ed, Coimbra Editora, 2003, p. 396.

pensamento, o Professor CARNEIRO DA FRADA²²⁸³ entende que a teleologia da norma pode dirigir-se à criação de quadros viabilizadores de expectativas, com a promoção de estruturas de confiança.

O movimento de globalização da economia e, em particular, das regras sobre a arbitragem internacional ou transnacional opor-se-á a legislações estaduais retrógradas que não acompanhem a evolução nessa matéria. Há por detrás das legislações modernas sobre a arbitragem elaboradas pelos Estados uma certa consideração do que, legitimamente, a comunidade internacional possa esperar de qualquer legislador estadual que legisle sobre a matéria nesta época. A adopção pelos Estados da Lei-Modelo da CNUDCI ilustra bem esse facto. Podemos assim afirmar que o princípio da confiança influencia a actuação dos legisladores estaduais na formulação das normas sobre a arbitragem.

b) Directriz para uma interpretação e integração normativas no sentido do desenvolvimento da arbitragem

Enquanto directriz orientadora da interpretação e integração normativas no sentido do desenvolvimento da arbitragem, a tutela da confiança está bem presente. Os diversos instrumentos jurídicos a nível internacional sobre a arbitragem apontam o sentido a seguir pelos Estados para a elaboração de normas sobre a arbitragem. Do mesmo modo, os antecedentes legislativos que inspiram a elaboração dessas legislações normativas apontam para a sua interpretação e integração no sentido favorável ao desenvolvimento da arbitragem. Se, de um modo geral, o princípio do *favor arbitrandum* compele o intérprete a salvaguardar a arbitragem, sempre que for possível²²⁸⁴, este princípio encontra fundamento no princípio da tutela da confiança, o qual, por sua vez, se apresenta como uma derivação do princípio da segurança jurídica.

²²⁸³ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., p. 361.

²²⁸⁴ CAIO CESAR VIEIRA ROCHA, “Preliminar de arbitragem no Código de Processo Civil brasileiro (Lei n.º 13.105, de 2015)”, cit., p. 328.

Conclusões gerais

1. Favor e princípio do favorecimento

I. A ideia de favorecimento não é estranha ao Direito. No entanto, “favor” e “princípio do favorecimento” são duas realidades diferentes. O favor jurídico como proposição normativa apresenta-se fundamentalmente como uma regra ou critério de interpretação ou de decisão em caso de dúvida (v.g. *favor negotii*, *favor testamenti* ou *favor rei*) ou um critério de resolução do conflito de normas (v.g. *favor laboratoris*).

2. Relevância dos princípios jurídicos

II. Os princípios jurídicos podem constituir um elemento do sistema jurídico, ora porque são inferíveis por indução, ora por serem comuns às várias ordens jurídicas. São formulados pela jurisprudência ou pela doutrina, e o recurso a eles como critério de decisão é legitimado, em Angola e em Portugal, pelas respectivas Constituições e leis ordinárias. Os princípios divergem das regras pelo maior grau de indeterminação dos seus enunciados, aplicando-se numa lógica de ponderação.

3. *Favor arbitrandum*: uma proposição descritiva

III. Numa primeira acepção, o *favor arbitrandum* pode ser encarado como uma proposição descritiva pela qual os doutrinadores traduzem sumariamente o conteúdo e as grandes tendências do conjunto de normas que compõem o Direito positivo da arbitragem. Mas, encarado desta maneira, quase tudo poderá ser reconduzido ao *favor arbitrandum*, o que lhe retiraria qualquer interesse. Um critério mais apertado deve servir de guião para discernir quais as manifestações próprias do *favor arbitrandum*.

Assim, considera-se *favor arbitrandum* enquanto proposição descritiva as soluções legais ou jurisprudenciais que, na dúvida, favoreçam a arbitragem. Traduzem o *favor arbitrandum* as soluções legais ou jurisprudenciais que determinam que: (i) entre a validade ou invalidade da convenção de arbitragem, seja preferida a sua validade; (ii) entre a competência ou incompetência do tribunal arbitral, seja favorecida

a sua competência; e, (iii) entre a validade ou invalidade da sentença arbitral, se opte pela sua validade.

IV. As manifestações legais e jurisprudenciais do princípio do *favor arbitrandum* articulam-se fundamentalmente em torno do favor à convenção de arbitragem, à competência do tribunal arbitral e à sentença arbitral. O favor à convenção arbitral gira em torno da sua validade e do âmbito dos seus efeitos. Podem ser consideradas como manifestações do *favor arbitrandum* relativas à validade da convenção de arbitragem: a autonomia da cláusula compromissória, a validade substancial da convenção de arbitragem com base numa conexão alternativa, a inoponibilidade de exceções baseadas no Direito interno do Estado parte à convenção de arbitragem, a admissão da convenção de arbitragem por referência, especialmente no Direito francês. São manifestações do *favor arbitrandum* relativas ao âmbito dos efeitos da convenção de arbitragem: a extensão *ratione personae* e *ratione materiae*, nomeadamente nos Direitos francês, suíço ou dos Estados Unidos da América.

V. As manifestações legais e jurisprudenciais a favor da competência do tribunal arbitral são traduzidas, entre outros aspectos, pelo reconhecimento da *Kompetenz-Kompetenz* do tribunal arbitral e pelo alargamento das matérias arbitráveis a domínios cada vez mais importantes. As manifestações do *favor arbitrandum* podem variar ao longo do tempo. O *favor arbitrandum*, em matéria de arbitrabilidade dos litígios, tem um carácter evolutivo. No entanto, esta evolução pode apresentar-se sob a forma de uma onda sinusoidal. Na realidade, o que se pode considerar como resultado de um movimento de progressão da arbitrabilidade numa época determinada pode, na verdade, traduzir o reaparecimento de uma realidade já vivida em tempos mais remotos. Assim, o *favor arbitrandum* deve ser analisado em função das suas manifestações num dado intervalo temporal.

VI. As manifestações legais e jurisprudenciais a favor da sentença arbitral articulam-se em torno da sua validade e do seu reconhecimento. Relativamente à sua validade, citam-se: a dissociação da parte anulável da sentença arbitral proferida *extra potestatem*, a exclusão do recurso de mérito da sentença arbitral internacional, a presunção *juris tantum* de validade e eficácia da sentença arbitral estrangeira a ser reconhecida ao abrigo da CNI. As manifestações relativas ao reconhecimento da

sentença arbitral referem-se ao carácter restrito da reserva de ordem pública como fundamento para a recusa do reconhecimento e da execução de sentenças internacionais estrangeiras, a ausência de revisão do mérito da sentença arbitral a ser reconhecida ao abrigo da CNI e o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede.

4. *Favor arbitrandum*: uma proposição normativa

4.1. Critério de interpretação e de decisão

VII. Das manifestações do *favor arbitrandum* relativas à convenção de arbitragem apura-se um princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem. Tal princípio opera no sentido da extensão objectiva e subjectiva da convenção de arbitragem, nomeadamente, em matéria de grupos societários e grupos de contratos.

VIII. Em matéria de competência do tribunal arbitral no que se refere à arbitrabilidade dos litígios, abstrai-se um princípio da arbitrabilidade dos litígios do comércio internacional. O *favor arbitrandum (stricto sensu)* determina, na dúvida, a competência do tribunal arbitral em matéria de arbitrabilidade objectiva. O princípio do *favor arbitrandum (stricto sensu)* traduz-se numa presunção de arbitrabilidade limitada pelo carácter fundamentalmente indisponível da matéria, pela violação da reserva de ordem pública internacional ou pela sua exclusão expressa da competência arbitral pelo legislador.

IX. Existe uma corrente doutrinária que defende a aplicabilidade de uma “arbitrabilidade universal” (*universal arbitrability*), apenas limitada pela ordem pública transnacional nas arbitragens comerciais internacionais. A ordem pública transnacional constitui um limite à aplicação do Direito competente para reger a convenção de arbitragem e, por conseguinte, a questão da arbitrabilidade dos litígios.

X. No que se refere à sentença arbitral, abstrai-se das manifestações relativas à validade um princípio de validade da sentença arbitral ou *favor validitatis sententiae*. O princípio do *favor validitatis sententiae* traduz-se na validação das sentenças arbitrais, sempre que (i) o vício que as afecte não ponha em causa a integralidade da sentença, ou seja, não consista num vício grave de natureza processual susceptível de

revestir uma influência decisiva na resolução do litígio, e que (ii) seja possível, se for caso disso, a dissociação da parte anulável da sentença.

XI. Ainda no que se refere à sentença arbitral, abstrai-se um princípio do reconhecimento da sentença arbitral ou *favor recognitionis*. O *favor recognitionis* deve ser entendido como um princípio visando tornar mais fácil o reconhecimento e a execução de sentenças judiciais estrangeiras. O *favor recognitionis* deve prevalecer como princípio no reconhecimento de sentenças arbitrais ao abrigo da CNI. Pode consistir na proibição da revisão do mérito da sentença arbitral a ser reconhecida, numa interpretação restrita do conceito de “ordem pública” ou, nalguns ordenamentos jurídicos, na deslocalização de sentenças arbitrais com o consequente reconhecimento, numa determinada ordem jurídica, de sentenças anuladas nos países em que foram proferidas.

XII. A interpretação do artigo V, n.º 2, alínea b) da CNI deve ser feita no sentido da aplicação da ordem pública internacional, em matéria de reconhecimento ou execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

XIII. Embora se reconheça a importância das jurisdições da sede da arbitragem, três argumentos militam, a nosso ver, para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas no seu país de origem. Um primeiro argumento refere-se à interpretação teleológica da CNI, a qual visa o reconhecimento, sendo o não reconhecimento a exceção. O segundo argumento é relativo à interpretação semântica da CNI. As suas versões inglesa, espanhola, chinesa, *etc.* apontam para a discricionariedade das jurisdições estaduais em recusar ou não o reconhecimento ou a execução das sentenças arbitrais estrangeiras face aos motivos elencados no artigo V da CNI. Embora se reconheça a importância das jurisdições da sede da arbitragem, parece-nos também repugnante admitir-se a possibilidade de se recusar o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras quando os motivos de anulação dessas sentenças no país onde foram proferidas sejam contrários à ordem pública internacional do Estado do foro.

XIV. Corresponde aos anseios e às práticas internacionais actuais a atenuação da exigência da forma escrita relativamente à validade da convenção de arbitragem

internacional. A teoria do “*halbe Schriftlichkeit*” apresenta vantagens relativamente à questão da validade formal da convenção de arbitragem.

4.2. Princípio positivo supralegal

XV. O princípio do *favor arbitrandum* constitui uma directriz que orienta o legislador no sentido da formulação de normas pró-arbitragem. Trata-se de um princípio que guia o legislador para a adopção de normas que favoreçam a realização de arbitragens e protejam o seu resultado. O princípio do *favor arbitrandum* constitui também uma directriz que orienta a interpretação e integração normativas no sentido do desenvolvimento da arbitragem. Sendo possíveis duas interpretações antagónicas de uma norma legal, o intérprete deverá reter a que promova o desenvolvimento da arbitragem.

5. Limites

XVI. Distinguimos três categorias de limitações ao princípio do *favor arbitrandum*. A primeira categoria respeita aos limites de carácter geral, v.g. a reserva da ordem pública, a violação dos bons costumes, a fraude ou os demais motivos de anulação da sentença arbitral previstos nas legislações estaduais sobre a arbitragem. A segunda categoria diz respeito aos limites próprios do procedimento arbitral. São eles: a falta do *jus imperium* pelo árbitro, as *anti-arbitration injunctions* e a responsabilização do árbitro pelos seus erros *in iudicando*. A terceira categoria respeita aos limites dependentes da qualidade das partes. Refira-se aqui a impecuniosidade de uma das partes e a imunidade de execução dos Estados.

6. Fundamentos

XVII. Os fundamentos jurídico-políticos do princípio do *favor arbitrandum* assentam no desenvolvimento do comércio internacional e na necessidade de um eficiente sistema de resolução de litígios, bem como na necessidade de redução de pendências nos tribunais judiciais e de maior segurança jurídica para a melhoria do clima do comércio e dos investimentos internacionais. O *favor arbitrandum* é, em si mesmo, um instrumento de concorrência entre Estados, ao serviço do prestígio e das

economias nacionais. O *favor accordandum* vem reflectido cada vez mais nos ordenamentos jurídicos estaduais.

XVIII. Quanto aos seus fundamentos dogmáticos, há que considerar o que segue. O princípio da autonomia da vontade pode justificar a liberdade de celebração e de modelação da convenção de arbitragem, mas não pode servir de base às declinações do princípio do *favor arbitrandum*, como é o caso, por exemplo, do *favor validitatis sententiae* ou do *favor recognitionis*. O *favor recognitionis* não pode fundamentar-se na autonomia da vontade. É no princípio da tutela da confiança que radica o verdadeiro e mais sólido fundamento dogmático do *favor arbitrandum*.

XIX. O fundamento dogmático do princípio do *favor arbitrandum* radica no princípio da tutela da confiança. As diversas declinações do *favor arbitrandum* podem encontrar plausivelmente um embasamento no princípio da confiança. A confiança é ainda um factor pré-legislativo, sendo que a norma visará criar um ambiente de confiança. Por conseguinte, o princípio da confiança pode servir de fundamento à dimensão supralegal do princípio do *favor arbitrandum*.

Bibliografia

- ABBUD, ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI, *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, São Paulo Editora SA, 2008.
- ABDALLAH-MARTIN, NADINE, “L’extension et la transmission de la clause compromissoire: vers une *lex mediterranea*”, in *Vers une lex mediterranea de l’arbitrage – Pour un cadre commun de référence*, Filali Osman et Lotfi Chedly (Dir.), Bruylant, 2015, pp. 115-140.
- ABDELGAWAD, WALID, *Arbitrage et droit de la concurrence – Contribution à l’étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, LGDJ, 2001.
- ABOIM, LUÍZ CLÁUDIO, “A aplicação do artigo III da Convenção de Nova Iorque de 1958 no Brasil”, in *Arbitragem Comercial Internacional – A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*, Arnaldo Wald; Selma Ferreira Lemes (Coords.), Saraiva, 2014, pp. 141-164.
- ABRANTES, MARIA LUÍSA, *Breve reflexão sobre o Investimento Estrangeiro e o Caso de Angola*, Luanda, 2016.
- ADELL, STEPHAN, “La nouvelle loi dominicaine sur l’arbitrage commercial du 19 décembre 2008”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 3, 2009, pp. 503-516.
- AGUILAR, FERNANDO, “Notas sobre la interpretación de la convención arbitral (*In dubio pro arbitris*)”, in *Buenos Aires*, Marzo 28 de 2007 – JA 2007-I, fascículo n.º 13, pp. 3-23.
- ALCHOURRÓN, CARLOS; BULYGIN, EUGENIO, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Cuadernos de Metodología y Filosofía del Derecho, N.º 3, Universidad de Carabobo, 1979.
- ALEXY, ROBERT, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers (trad.), Oxford. Oxford University Press, 2002.
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, “Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2008, pp. 81-95.
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, “Arbitragem e Tribunais Administrativos”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 7, Almedina, 2014, pp. 47-64.
- ALONSO PUIG, JOSÉ MARIA; BLANCO-MORALES, PILAR; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER; GALINDO GIL, PEDRO; GONZÁLEZ-BUENO, CARLOS; REMÓN, JESUS;

- TARRÍO BERJANO, MANUEL GERARDO; ARIAS, DAVID; ANTÓNIO CAÍNZOS, JOSÉ; DIAZ, IGNACIO; GOMÁ LANZÓN, IGNACIO; MERINO MERCHÁN, JOSÉ FERNANDO; RODRÍGUEZ PRIETO, FERNANDO; XIOL RÍOS, JUAN ANTONIO, *Comentários a la Ley de Arbitraje*, Carlos González-Bueno (Coord.), Consejo General del Notariado, 2014.
- ALVES, RUTE; CARRERA, IÑAKI, “(Des)ordem pública internacional – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02 de Junho de 2016”, in *revista PLMJ Arbitragem*, N.º 1, 2017, pp. 52-65.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. I, Almedina, 2012.
- ANCEL, BERTRAND, “Coipel-Cordonnier (Nathalie), *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Préface de Marc Fallon, avant-propos de Pierre Mayer, LGDJ, 1999, XIII + 420 pages”, in *Rev. Crit. DIP*, Dalloz, 2001, pp. 392-396.
- ANCEL, JEAN-PIERRE, “Arbitrage et internationalité – Quelques réflexions et propositions”, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 17-23.
- ANCEL, PASCAL, “Les effets des conventions d'arbitrage”, in *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Editions du JurisClasseur, 2004, pp. 32-38.
- ANCEL, PASCAL; GOUT, OLIVIER, Note sous Paris, 1re Ch. C., 8 oct. 1998, in *Revue de l'arbitrage*, 1999, n.º 2, pp. 354-367.
- ANDRADE ÁLVAREZ, DANIELA, *Aplicación del principio Favor arbitralis en cláusulas patológicas*, Cuenca, Ecuador, 2015.
- ANDRIGHI, FÁTIMA NANCY, “Formas alternativas de solução de conflitos”, in *Revista de Direito, Estudos em homenagem à Ministra Nancy Andrichi*, TJ-RJ, N.º 100, Editora Espaço Jurídico, 2014, pp. 15-21.
- ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, “Negócio em fraude à lei”, in *Edição comemorativa do Centenário – Código Civil*, Elsa Vaz de Sequeira; Fernando Oliveira e Sá (Coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, pp. 161-187.
- ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Liability of corporate groups – Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German and EU law. An international and comparative perspective*, Boston/Deventer, Kluwer Law International, 1994.

- ARAÚJO, RAÚL CARLOS VASQUES; NUNES, ELISA RANGEL, *Constituição da República de Angola Anotada*, Tomo I, Luanda, 2014.
- ARAÚJO, RAÚL C. V.; NUNES, ELISA R.; LOPES, MARCY, *Constituição da República de Angola Anotada*, Tomo II, Luanda, 2018.
- ARFAZAHED, HOMAYOON, “Considérations pragmatiques sur la compétence respective de l’arbitre et du juge en matière de corruption”, in *Bull. ASA*, 2001, pp. 672-683.
- ARNALDEZ, JEAN-JACQUES; DERAIS, YVES; HASCHER, DOMINIQUE, *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, Kluwer Law International, The Hague – London – New York, 2003.
- ASCENSI, LIONEL, *Du principe de la contradiction*, LGDJ, 2006.
- ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, *A integração das lacunas da lei e o Novo Código Civil*, Livraria Petrony, Lisboa, 1968.
- ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, *O Direito – Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva Luso-Brasileira*, 11ª Edição, Almedina, 2001.
- ASHFORD, PETER, *Handbook on International Commercial Arbitration*, Second Edition, Juris, 2014.
- AYNÈS, LAURENT, Note sous Paris, 1re Ch. Suppl. 26 mai 1992, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 4, 1993, p. 629-631.
- BACHAND, FRÉDÉRIC, “Une clause compromissoire ne visant expressément que les différends relatifs à l’interprétation du contrat est-elle applicable à ceux portant sur son exécution”, in *R.J.T.*, 35, 2001, pp. 789-799.
- BACHAND, FRÉDÉRIC, “Note – Cour suprême du Canada, 21 mars 2003, in *Revue de l’arbitrage*, 2003, Vol. 2003, N.º 2, pp. 482-493.
- BACHAND, FRÉDÉRIC, “Note – Seidel v. Telus Communications Inc., Cour Suprême du Canada, 18 March 2011”, in *Revue de l’arbitrage*, 2011, N.º 2, pp. 533-541.
- BÁN, DÁNIEL; KECSKÉS, LÁSZLÓ, Changing aspects of unsigned arbitration agreements”, in *CYarb Czech (& Central European) yearbook of arbitration*, Vol. II, Juris, 2012, p. 107.
- BANIFATEMI, YAS, “Le nouveau droit de l’arbitrage interne dos Estados Unidos (*Revised Uniform Arbitration Act* de 2000): La persistance des particularismes”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 4, 2003, pp. 1195-1211.
- BAPTISTA, LUIZ OLAVO, *Arbitragem Comercial e Internacional*, São Paulo, Lex Magister, 2011.

- BAPTISTA, LUIZ OLAVO, “Parecer: Sentença arbitral declarada nula no local onde proferida”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2013, Vol. X, Issue 37, pp. 7-28.
- BARBET, JÉRÔME, “Extension des effets de la clause compromissoire à des parties non signataires du contrat: les juridictions françaises persistent ... et signent”, in *Petites Affiches*, 12 August 2009, No 160, pp. 10-22.
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem*, 2ª Edição, Almedina, 2013.
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA, “A ordem pública na arbitragem”, in *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer España, 2015, Issue 22, pp. 5-68.
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Almedina, 2017.
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA, “A questão da extensão da convenção de arbitragem a terceiros não subscritores”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, pp. 701-716.
- BARTOLOMEU, CORREIA FERNANDES, *Arbitragem Voluntária como Meio Extrajudicial de Resolução de Conflitos em Angola*, Almedina, 2014.
- BÄRTSCH, PHILIPPE, “‘Consent’ in Sports Arbitration: Which lessons for arbitration based on clauses in Bylaws of corporations, Associations, etc?”, in *Sports Arbitration: A coach for other players?*, ASA Special Series N.º 41, Elliot Geisinger; Elena Trbaldo-de Mestral (Eds.), Juris, 2015, pp. 95-122.
- BÄRTSCH, PHILIPPE; PETTI, ANGELINA M., “The Arbitration Agreement”, in *International Arbitration in Switzerland – A handbook for practitioners*, second edition, Elliott Geisinger; Nathalie Voser (Ed), Wolters Kluwer, 2013, pp. 25-49.
- BATIFFOL, HENRI, *Problèmes de base de Philosophie du Droit*, LGDJ, 1979.
- BAYLES, MICHAEL D., *Principles of Law – A Normative Analysis*, D. Reidel Publishing Company, 1987.
- BEATRIZ BURGHEITTO, MARÍA, “Regards croisés sur la reconnaissance et l’*exequatur* de sentences arbitrales étrangères ou internationales en France et dans les pays de l’Amérique du Sud”, in *Codification du droit privé et évolution du droit de l’arbitrage*, Bénédicte Fauvarque-Cosson; Diego P. Fernández Arroyo; Joël Monégier (Dir.), Société de Législation Comparée, 2014, pp. 157-175.

- BEKAERT, HERMANN, *Introduction à l'Étude du Droit*, 4e Ed., Bruxelles, Bruylant, 1973.
- BERNARD, ALFRED, *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Bruxelles, Bruylant/ Paris, Librairie Générale de Droit, 1937.
- BERNARDINI, PIERO, *L'Arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè Editore, 2000.
- BERGER, BERNHARD; KELLERHALS, FRANZ, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Second Edition, sweet & Maxwell, Stämpfli Publishers Ltd, 2006.
- BERGER, BERNHARD; KELLERHALS, FRANZ, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Third Edition, Stämpfli Publishers, 2015.
- BERGER, KLAUS PETER, *International Economic Arbitration*, Deventer, Boston, 1993.
- BERGER, KLAUS PETER, "The arbitration agreement under the Swedish 1999 Arbitration Act and the German 1998 Arbitration Act", *Arbitration International*, Volume 17, N.º 4, 2001, pp. 389-399.
- BERGER, KLAUS PETER, "Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?", in van den Berg (ed.) *ICCA Congress*, ser. N.º 13; *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, pp. 301-334.
- BERGER, KLAUS PETER, *Private Dispute Resolution*, Vol. II, Handbook, Ed. 3, 2015.
- BERNARD, ALFRED, *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1937 et Paris, Librairie Générale de Droit, 1937.
- BERNARDINI, PIERO, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè Editore, 2000.
- BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, LAURE, *Les Principes Fondamentaux de l'Arbitrage*, Bruylant, 2012.
- BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, LAURE, "Maintien de la présomption d'acceptation de la clause compromissoire par référence dans l'arbitrage international", note sous Cass. civ. 1re, 11 mai 2012, in *Revue de l'arbitrage*, 2012, N.º 3, pp. 563-568.
- BERTI, STEPHEN V. *et al.*, *International Arbitration in Switzerland*, Kluwer Law International, 2000.
- BESSION, SÉBASTIEN; DUPEYRON, CARINE, "L'interprétation du contrat et l'arbitrage, à la lumière de la réforme du droit français des obligations", in *revue de l'arbitrage*, 2017, pp. 115-134.
- BEUDANT, CH., *Cours de Droit Civil Français*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau & Cie Editeurs, 1934.

- BIADJA, CASSIUS JEAN SOSSOU, *L'acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale – Approche compare de droit international privé*, Université de Genève, 2014.
- BILLEMONT, JEAN, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, Lextenso Editions, 2013.
- BINDER, PETER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Third Edition, Sweet & Maxwell, 2010.
- BINDER, PETER, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Kluwer, 2019.
- BLACKABY, NIGEL; PARTASIDES, CONSTANTINE, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., 2009.
- BLACKABY, NIGEL; PARTASIDES, CONSTANTINE, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th edition, Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015.
- BLANCHIN, CATHÉRINE, *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, préf. H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, coll. Travaux et recherches Panthéon-Assas, Paris, II, 1995, p. 10.
- BLANCO-MORALES LIMONES, PILAR; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, "Art. 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables", in *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Carlos González-Bueno (Coord.), Consejo General del Notariado, 2014, pp. 899-926.
- BLOCH, ERNST, *Derecho natural y dignidad humana*, Tradução de Felipe González Vicén, Biblioteca Juridica Aguilar, 1980.
- BOBBIO, NORBERTO, *El Positivismo Jurídico*, Debate, 1993.
- BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho*, 2ª reimpresión, Debate, 1993.
- BÖCKSTIEGEL, KARL-HEINZ, "Public Policy and Arbitrability (Ordre Public et Arbitrabilité)", *ICCA Congress Series N° 3*, 1987, pp. 177 e ss..
- BÖCKSTIEGEL, KARL-HEINZ, "Perspectives on future developments in international arbitration", in *The leading arbitrators' guide to international arbitration*, Third Edition, Lawrence W. Newman; Richard D. Hill (Editors), Juris, 2014, pp. 315-330.
- BODEN, DIDIER, *L'Ordre public: limite et condition de la tolérance – Recherches sur le pluralisme juridique*, Volume I, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2002.

- BODEN, DIDIER, *L'Ordre public: limite et condition de la tolérance – Recherches sur le pluralisme juridique*, Volume II, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2002.
- BOISSÉSON, MATTHIEU DE, *Le droit français de l'arbitrage commercial*, Paris: GLN éditions, 1990.
- BOISSÉSON, MATTHIEU DE, “L’arbitrage et la fraude (À propos de l’arrêt *Fougerolle*, rendu par la Cour de Cassation le 25 Mai 1992)”, in *Revue de l'arbitrage*, N.º 1, 1993, pp. 3-12.
- BOISSÉSON, MATTHIEU DE, “Arbitrabilité et droit de la concurrence”, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2010, pp. 243-252.
- BOISSÉSON, MATTHIEU DE, “*Joint-venture* internationale et arbitrage”, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Lextenso, 2015, pp. 55-64.
- BOLLÉE, SYLVAIN, “La clause compromissoire et le droit commun des conventions”, in *Revue de l'arbitrage*, N.º 4, 2005, pp. 917-929.
- BONATO, GIOVANNI; MADEIRA, JOÃO BRUNO FARIAS, “Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem: uma análise do caso EDF International S/A x Endesa Latinoamerica S/A e YPF S/A no sistema brasileiro e no direito comparado”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. XIV, N.º 55, CBar & IOB, Kluwer Law International, 2017, pp. 57-78.
- BONAVIDES, PAULO, *Curso de Direito Constitucional*, 26ª edição, Malheiros Editores, 2011.
- BONNECASE, JULIEN, *L'Ecole de l'Exégèse en Droit Civil*, Paris, E. De Boccard Editeur, 1924.
- BONNECASE, JULIEN, *La pensée juridique française*, I, Delmas Éditeur Bordeaux, 1933.
- BONNER, ROBERT J., “The Institution of the Athenian Arbitrators”, Vol. 11, in *Classical Philology*, The University of Chicago Press, 1916, pp. 191-195.
- BORGES, CARLA GONÇALVES; GALVÃO, RICARDO NETO, “A extensão da Convenção de Arbitragem a Não Signatários”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2013, pp. 119-135.
- BORN, GARY B., *International Commercial Arbitration in the United States – Commentary & Materials*; Kluwer, 1994.

- BORN, GARY B., *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Vol. I, Wolters Kluwer, 2014.
- BORN, GARY B., *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Vol. II, Wolters Kluwer, 2014.
- BORN, GARY B., *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Vol. III, Wolters Kluwer, 2014.
- BORN, GARY B., *International Arbitration – Cases and Materials*, 2nd ed., Wolters Kluwer, 2015.
- BOUCOBZA, XAVIER, “La clause compromissoire par référence en matière d’arbitrage international”, in *Revue de l’arbitrage*, 1998, N.º 3, pp. 495-516.
- BOULAF, ABDELATIF, “L’exécution des sentences internationales annulées dans leur État d’origine”, in *Vers une ‘lex mediterranea’ de l’arbitrage*, Filali Osman; Lofti Chedly (Dir.), Bruylant, 2015, pp. 367-377.
- BOULANGER, M., *Le rôle du juge en cas de silence ou d’insuffisance de la loi*, Travaux de l’Association Capitant pour la culture juridique, t. V., 1949, Travaux du groupe français, séance du 25 février 1949.
- BRAGHETTA, ADRIANA, *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.
- BRAGHETTA, ADRIANA, *A importância da sede da arbitragem – Visão a partir do Brasil*, Vol. I, Renovar, 2010.
- BRAGHETTA, ADRIANA; LEMES, SELMA FERREIRA, “O artigo VII da Convenção de Nova Iorque”, in ARNOLDO WALD; SELMA FERREIRA LEMES, *Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*, Editora Saraiva, 2011, pp. 315-337.
- BRIGGS, ADRIAN, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford, 2008.
- BRITO, MARIA HELENA, “Arbitragem internacional. A propósito da nova lei da arbitragem voluntária”, in *Themis*, Ano XII – N.ºs 22/23, 2012, pp. 103-143.
- BRITO, MARIA HELENA, “As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões”, in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Almedina, 2012, pp. 27-49.
- BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE, *Introdução ao Estudo do Direito*, AAFDL Editora, 2017.
- BRITO, WLADIMIR, *Teoria Geral do Processo*, Almedina, 2019.

- BRONZE, FERNANDO JOSÉ, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª Edição, Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 2010.
- BRUNET, EDWARD; SPIEDEL, RICHARD E.; STERNLIGHT, JEAN R.; WARE, STEPHEN J., *Arbitration Law in America – A Critical Assessment*; Cambridge, University Press, 2006, pp. 195-196.
- BUCHER, ANDREAS, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort s/ Main, 1988.
- BUCHER, ANDREAS; TSCHANZ, PIERRE-YVES, *International arbitration in Switzerland*, Helbing & Lichtenhahn, 1988.
- BUCHER, ANDREAS; BONOMI, ANDREA, *Droit international privé*, 2e édition, Helbing & Lichtenhahn, 2004.
- BUNGENBERG; GRIEBEL; HOBE; REINISCH, *International Investment Law*, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2015.
- BURTON, STEVEN, “Chapter 7: The Legal environment”, in Robert B. Von Mehren; Steven J. Burton; George Coombe, Jr., *American Arbitration – Principles and Practice*, Practising Law Institute, 2009, NN. 7-1–7-36.
- BYRNES, JAIME DODGE; POLLMAN, ELIZABETH, “Arbitration, Consent and Contractual: The implications of *EEOC v. WAFFLE HOUSE*”, in *Harvard Negotiation Law Review*, Spring 2003, pp. 289-312.
- CADIET, LOÏC; “Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français”, in *Ritsumeikan Law Review*, N.º 28, 2011, pp. 147-167.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “Tema 21. Arbitraje privado internacional”, in *Derecho del Comercio Internacional*, Alfonso-Luis Calvo Caravaca; Javier Carrascosa González (Dir.), Colex, 2012, pp. 1721-1833.
- CAMPOS, DIOGO LEITE, “A Arbitragem em direito tributário”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 739-748.
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE, “A possibilidade da arbitragem tributária”, in *A Arbitragem em direito tributário*, I Conferência AIBAT-IDEFF, Diogo leite Campos; Eduardo Paz Ferreira (Org.), Almedina, 2010, pp. 35-41.
- CAMPOS, JOÃO LUÍS MOTA DE; ALMEIDA, CARLOS, “O reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais no quadro da Convenção de Nova Iorque de 1958: alguns desenvolvimentos comparados”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em*

- homenagem a Mário Raposo*, António Pereira de Miranda; Miguel Cancell de Abreu; Paula Costa e Silva; Rui Pena; Sofia Martins (Org.), Universidade Católica Editora, 2015, pp. 67-87.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM, “De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand”, in *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman, Bruxelles – Etablissements Emile Bruylant, 1968, pp. 167 e ss.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, (Introdução e Tradução de António Menezes Cordeiro), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.
- CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. GOMES, “Princípios – entre a sabedoria e a aprendizagem”, in *Ars Iudicandi*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Coimbra Editora, 2008, pp. 375 e ss..
- CAPRASSE, OLIVIER, “L’arbitrage et les groupes de sociétés”, in *L’arbitrage dans la vie des sociétés*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 169-217.
- CAPRASSE, OLIVIER, *Arbitrage et médiation*, Georges de Leval (Dir. scient.), La Charte, 2012.
- CAPRASSE, OLIVIER, “Le nouveau droit belge de l’arbitrage”, in *Revue de l’arbitrage*, 2013, n.º 4, pp. 953-978.
- CAPRASSE, OLIVIER; LEVAL, GEORGES DE; HUART, VÉRONIQUE D’; HANOTIAU, BERNARD; KEUTGEN, GUY; LINSMEAU, JACQUELINE; MATRAY, JOELLE; MATRAY, DIDIER; MOREAU, FRANÇOIS, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Comissão Universidade-Palais, Formação Permanente, CUP, 2002.
- CARAMELO, ANTÓNIO SAMPAIO, “A ‘autonomia’ da cláusula compromissória e a competência da competência do tribunal arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, Jan., 2008, pp. 353-378.
- CARAMELO, ANTÓNIO SAMPAIO, “Critérios de arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o tema”, in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2011, pp. 13-44.

- CARAMELO, ANTÓNIO SAMPAIO, “A sentença arbitral contrária à ordem pública perante a nova LAV”, in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Almedina, 2012, pp. 51-72.
- CARAMELO, ANTÓNIO SAMPAIO, *O Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, Almedina, 2016.
- CARAMELO, ANTÓNIO SAMPAIO, *Direito da Arbitragem – Ensaio*, Almedina, 2017.
- CARBONNEAU, THOMAS E., “Étude historique et comparée de l’arbitrage. Vers un droit materiel de l’arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vo. 36, N.º 4, Oct-Déc. 1984, pp. 727-781.
- CARBONNEAU, THOMAS E., “International Arbitration – The United States”, in *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Gottwald; Schlosser (Org.), Giesecking-Verlag, Bielefeld, 1997, pp. 875-900.
- CARBONNEAU, THOMAS E., *Carbonneau on Arbitration: Collected Essays*, Jurisnet, LLC, 2010.
- CARBONNEAU, THOMAS E., *Carbonneau on International Arbitration: Collected Essays*, Juris, 2011.
- CARBONNIER, JEAN, *Droit Civil*, 1, PUF, 2004.
- CARBONNIER, JEAN, *Droit Civil*, 2, PUF, 2004.
- CARLEVARIS, ANDREA, “Ambito oggettivo dell’accordo compromissorio”, in *Rivista dell’Arbitrato*, N.º 4, 2010, pp. 611-630.
- CARMONA, CARLOS ALBERTO, “Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro”, in *Arbitragem, Estudos em Homenagem ao Prof. Guido da Silva Soares*, In Memoriam, Selma F. Lemes; Carlos Alberto Carmona; Pedro Batista Martins (Coords.), São Paulo: Atlas, 2007, pp. 33-46.
- CARMONA, CARLOS ALBERTO, *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei n.º 9.307/96*, 3ª ed. rev., atualizada e ampliada, Editora Atlas, 2009.
- CARON, DAVID D.; CAPLAN; LEE M., *The UNCITRAL Arbitration Rules – A Commentary*, 2nd Edition, Oxford, 2012.
- CARRERA, IÑAKI, “Anotação ao Acórdão *Chromalloy*”, in *100 anos de Arbitragem*, Coimbra Editora, 2015, pp. 165-185.
- CARVALHO, AURORA TOMAZINI DE, *Curso de Teoria Geral do Direito*, Editora Noeses, 2016.

- CARVALHO, DAVID FRANÇA RIBEIRO DE, “A ordem pública na Convenção de Nova York e a recusa *ex officio* de homologação de sentença arbitral estrangeira”, in *Direito Izabela Hendrix*, vol. 17, n.º 17, nov. 2016, pp. 166 e ss..
- CARVALHO, JORGE MORAIS; GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, “Arbitragens complexas: questões materiais e processuais”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 4, Almedina, 2011, pp. 111-161.
- CARVALHO, MIGUEL MARQUES DE, “Anotação ao Acórdão Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler-Plymouth”, in *100 anos de arbitragem – Os casos essenciais comentados*, Coimbra Editora, 2015, pp. 123-138.
- CASTRO, LUIS MARTINEZ VASQUEZ DE, *La clausula compromissória en el arbitraje civil*, Editorial Civitas, SA, 1984.
- CERRATO, STEFANO A., “La cláusula de arbitraje societário”, in *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer España, 2015, pp. 29-38.
- CÉSAR RIVERA, JÚLIO, *Arbitraje Comercial – Internacional y Doméstico*, LexisNexis, 2007.
- CHAABAN, RANA, “La reconnaissance des sentences arbitrales annulées dans le pays du siège: émergence d’un ordre juridique arbitral?”, in *L’arbitrage détaché des lois étatiques*, Actes du colloque du Mans – 15 décembre 2011, Rana Chaaban (Dir.), Éditions L’epitoge-Lextenso, 2012, p. 83-103.
- CHAPUS, RENÉ, “Valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif”, in *Dalloz*, 1966, Chronique, pp. 99-106.
- CHEKROUN, DAVID, “L’*imperium* de l’arbitre”, in *L’Arbitrage*, Tome 52, Dalloz, 2009, pp. 135-180.
- CHEVALIER, JACQUES, “Postface”, in *La faveur et le droit*, Gilles J. Guglielmi (Dir.), PUF, 2009, pp. 401-412.
- CHILLÓN MEDINA, JOSÉ M.; MERINO MERCHÁN, JOSÉ FDO., *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Editorial Civitas, SA, Madrid, 1991.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, ANA MARIA, *Los principios procesales en el arbitraje*, Bosch Editor, 2000.
- CICOGNA, MICHELANGELO; PATON, ANDREW G., “Italy”, in *The International Arbitration Review*, Sixth Edition, James H. Carter (Ed.), Law Business Research, 2015, pp. 348-365.

- CLAVEL, JULIE, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international – L'effet négatif du principe de compétence-compétence*, Université Paris II – Panthéon-Assas, 2011.
- CLAY, THOMAS, *L'arbitre*, Dalloz, 2001.
- CLAY, THOMAS, “L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable”, in *L'impartialité du juge et de l'arbitre – Étude de droit comparé*, Jacques van Compernelle; Giuseppe Tarzia (Dir.), Bruylant Bruxelles, 2008, pp. 199-237.
- CLAY, THOMAS, *Panorama – Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, nov. 2013 – déc. 2014, in *Recueil Dalloz*, 25 décembre 2014, n.º 44, pp. 2541-2556.
- CLAY, THOMAS; PINSOLLE, PHILIPPE, “De l'autonomie de la convention d'arbitrage à l'autonomie de la sentence arbitrale”, in *Journal de Droit International*, Vol. 2015, T. 1, pp. 13-38.
- COELHO, MARIA CRISTINA PIMENTA, “A Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 relativa ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras”, in *Revista Jurídica*, n.º 20, 1996, pp. 37-71.
- COHEN, DANIEL, *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993.
- COHEN, DANIEL, “Chaîne de contrats et transmission de la clause d'arbitrage”, in *Revue de l'arbitrage*, 2001, n.º 4, pp. 765-772.
- COHEN, DANIEL, “L'engagement des sociétés à l'arbitrage”, in *Revue de l'arbitrage*, 2006, N.º 1, pp. 35-64.
- COHEN, DANIEL, note sous Cass. 1re civ. 30 oct. 2006, in *Revue de l'arbitrage*, 2008, N.º 2, pp. 309-312.
- COHEN, DANIEL, note s/s Cass. 1re civ., 28 mai 2002, CIMAT, *Revue de l'arbitrage*, 2003, p. 397, spéc. pp. 398-402.
- COHEN, DANIEL, “Immunités d'exécution des Etats et arbitrage international”, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 159-171.
- COHEN, DANIEL, “Confirmation des pouvoirs de l'arbitre en matière de sociétés, notamment de prononcer leur dissolution, note sous Cass. civ. 1re, 27 février 2013; Paris, 20 janvier 2015 e Paris 7 avril 2015”, in *Kluwer Law International*, 2016.
- COING, HELMUT, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Editorial Ariel, 1976.

- COLIN, AMBROISE; CAPITANT, HENRI, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, Tome I, Librairie Dalloz, 1934.
- COLLAÇO, ISABEL DE MAGALHÃES, “L’arbitrage international dans la récente loi portugaise sur l’arbitrage volontaire (Loi n.º 31/86, du 29 août 1986) – Quelques réflexions, in *Droit International et Droit Communautaire*, Fondation Calouste Gulbenkian, Centre Culturel Portugais, Paris, 1991, pp. 55-66.
- COMPERNOLLE, JACQUES VAN; TARZIA, GIUSEPPE, *L’impartialité du Juge et de l’Arbitre – Étude de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2006.
- COOK, TREVOR; GARCIA, ALEJANDRO I., *International Intellectual Property Arbitration*, Arbitration in Context Series, Vol. 2, Kluwer Law International, 2010.
- CORBÈRES, MARINE, *Le développement de l’arbitrage des litiges individuels du travail*, Université Toulouse 1 Capitole, 2016.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Princípios Gerais de Direito”, in *Polis*, Vol. 4, 1986, pp. 1490-1493.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito das Obrigações*, 1º Volume, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1986.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Colecção Teses, Almedina, 2001.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, Vol. V, Parte Geral, Almedina, 2011.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, t. I, Almedina, 2012.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “A ordem pública nas arbitragens: as últimas tendências”, in *VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2014, pp. 73-103.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, 2015.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito do Trabalho*, I, Almedina, 2018.
- CORREIA, A. FERRER, “Da arbitragem comercial internacional”, in *Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 173-229.
- CORREIA, A. FERRER, “Do Direito aplicável pelo árbitro internacional ao fundo da causa”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001, pp. 1-11.

- CORREIA, SÉRVULO, “Arbitragem internacional com Estados na nova lei de arbitragem voluntária”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 5, 2012, pp. 99-119.
- CORTEN, OLIVIER; SCHAUS, ANNEMIE, *Le droit comme idéologie. Introduction critique au Droit*, Léon Ingber (Dir), Ed. Kluwer, 2004.
- CORTÊS, ANTÓNIO, *Jurisprudência dos princípios – Ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.
- CORTEZ, FRANCISCO, “A arbitragem voluntária em Portugal – Dos ‘ricos homens’ aos tribunais privados”, in *O Direito*, N.º 124, 1992, pp. 365-404 e 541-591.
- COSTA, GUILHERME RECENA, *Partes e terceiros na arbitragem*, Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2015.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, reimpressão de 1994.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 12ª Edição Revista e Actualizada, 2009.
- CRAIG, W. LAWRENCE; PARK, WILLIAM W.; PAULSSON, JAN, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, NY, 2000.
- CREMADES, ANNE-CAROLE, “El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización”, in *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer España, 2011, pp. 41-54.
- CREMADES, BERNARDO M., “Del convénio arbitral y sus efectos”, em Alberto de Martín Muñoz; Santiago Hierro Anibarro, *Comentário a la Ley de Arbitraje*, 2006, 273-323.
- CUNHA, ANTÓNIO JÚLIO, *Direito processual civil declarativo*, 2ª edição, Quid Juris, 2015.
- DAIGREMONT, CLAIRE CRÉPET, “Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l’investissement international”, in Ch. LEBEN (dir), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement*, Anthemis, 2006, pp. 107-162.
- D’AMBRA, VITO, “El arbitraje en Itália”, in *Arbitraje internacional & médios alternativos de solución de litígios: retos y realidades*, R. Fernandes; N. Roura; F. Victoria-Andreu (Coords.), Bushi S.A., 2010, pp. 19-34.

- DANIEL AMADO, JOSÉ; OLAVARRÍA, LUCÍA; MARIA LÓPEZ, CLARA, “Chapter 33 – Peru”, in *The International Arbitration Review*, James H. Carter (Dir.), Sixth Edition, Law Business Research, 2015, pp428-438.
- DARWAZE, NÁDIA, “Article V(1)(e)”, in Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, *et al.* (eds), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010, pp. 301-344.
- DAVID, RENÉ, *L’arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982.
- DAVID, RENÉ, *Le droit du commerce international – Réflexions d’un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, Economica, 1987.
- DAVID, SOFIA, “A aplicação de princípios pelo juiz administrativo”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisbon Law Editions, 2017/1, LVIII, pp. 189-228.
- DEGOS, LOUIS, “La CNUDCI abandonne l’exigence d’écrit pour la convention d’arbitrage”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, sous la direction de Alexis Mourre, vol. IV, Editions A. Pedone, 2008, pp. 26-29.
- DELGADO, JOSÉ AUGUSTO, “A arbitragem no âmbito internacional (aspectos gerais) e seu panorama no ordenamento jurídico nacional”, in *Reflexões sobre arbitragem*, Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Coords.), Editora LTR São Paulo, pp. 377-433.
- DERAINS, BERTRAND; ORDWAY, ERIC, “Panorama de jurisprudence américaine”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexis Mourre (Dir), Vol. II, Gazette du Palais, 2014, pp. 413-424.
- DERAINS, BERTRAND; ORDWAY, ERIC, “Panorama de jurisprudence américaine”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Vol. III, Gazette du Palais, Édition Juillet, 2006, pp. 405-418.
- DERAINS, YVES; SCHWARTZ, ERIC, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1998.
- DIALLO, OUSMANE, *Le consentement des parties à l’arbitrage international*, PUF, 2010.
- DIAMVUTU, LINO, *Estudos de Direito Comercial Internacional*, Chá de Caxinde/Lousanense, 2008.

- DIAMVUTU, LINO, “A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, II, Lisboa, Abr-Jun. 2011, pp. 517-565.
- DIAMVUTU, LINO, “Poderes do tribunal arbitral na apreciação da própria competência”, in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2011.
- DIAMVUTU, LINO, “A Ordem dos Advogados de Angola e a institucionalização da arbitragem”, in *Estudos em homenagem a Mário Raposo*, Agostinho Pereira Miranda e outros (Coord.), Universidade Católica Editora, 2015, pp. 135-143.
- DIAMVUTU, LINO, “Chapter 4: Angola”, in *The International Arbitration Review*, Sixth Edition, James H. Carter (Ed.), Law Business Research, 2015, pp. 56-66.
- DIAMVUTU, LINO, “A escolha de regras da ‘UNCITRAL’ para reger o procedimento arbitral: quais as implicações?”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 9, Almedina, 2016, pp. 44-56.
- DIAMVUTU, LINO, *A convenção de arbitragem no Direito angolano*, Almedina, 2016.
- DIAMVUTU, LINO, “Perspectivas de reforma da lei sobre a arbitragem voluntária angolana”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2019, pp. 641-659.
- DIAS, NÉLIA DANIEL, *A responsabilidade civil do juiz*, Dislivro, 2004.
- DIAS, RUI PEREIRA, “As sociedades no comércio internacional”, in *Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, N.º 5, Almedina, pp. 42-108.
- DIAS, RUI PEREIRA, “Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)”, in *II Congresso DSR*, 2012, pp. 291-304.
- DIAS, RUI PEREIRA, “Cláusulas compromissórias estatutárias e princípio maioritário”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 10, Almedina, 2017, pp. 74-94.
- DIMOLITSA, ANTONIAS, “Autonomie et ‘Kompetenz-Kompetenz’”, in *Revue de l’Arbitrage*, N.º 2, 1998, p. 305-357.
- DINIZ, MARIA HELENA, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989.
- DINIZ, MARIA HELENA, *As lacunas no Direito*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- DOLINGER, JACOB, “Conciliação e arbitragem no direito judaico”, in *Reflexões sobre arbitragem*, Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Coords.), Editora LTR São Paulo, 2002, pp. 57-76

- DOLINGER; TIBURCIO, *Direito International Privado*, Renovar, 2003.
- DONIZETTI, ELPÍDIO, *Curso didáctico de direito processual civil*, Editora Atlas, 2010.
- DOSSOU, ROBERT, “La pratique de l’arbitrage en Afrique”, in *L’OHADA et les perspectives de l’arbitrage en Afrique*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 125-128.
- DRAY, GUILHERME, *O Princípio da Protecção do Trabalhador*, Almedina, 2015.
- DRAYE, MAARTEN, “Asbl L. v. Asbl c., Court of First Instance Brussels, Case n.º 2015/7647/A, 23 February 2017”, in Annet van Hooft and Jean François Tossens (eds), b-Arbitral, *Belgian Review of Arbitration*, Wolters Kluwer, 2017, Vol. 2017, Issue 1, pp. 119-147.
- DUARTE, RUI PINTO, *A interpretação dos contratos*, Coimbra, 2016.
- DUARTE, TIAGO, “Lá vem o caso Yukos, que tem muito que contar”, in *RIAC*, N.º 9, 2016, pp. 321-336.
- DUPEYRE, ROMAIN, “Note: *Sprecher Berrier & Partners FZ CO v. Hirvalon Finance LTD and Gladinon Invest LTD*, Court of Appeal of Paris, 26 February 2013”, in *International Journal of Arab Arbitration*, 2014, Vol. 6 Issue 4, pp. 70-82.
- DUPEYRE, ROMAIN, “La Cour d’appel de Paris confirme et étend l’arbitrabilité des litiges fondés sur la rupture de relations commerciales établies, note sous Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 1er juillet 2014”, in *Revue de l’arbitrage*, 2015, N.º 1, pp. 137-150.
- DWORKIN, RONALD, *A Matter of Principle*, Clarendon Press – Oxford, 1986.
- DWORKIN, RONALD, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Eighth impression, 1996.
- EISEMANN, FRÉDÉRIC, “La clause d’arbitrage pathologique”, *Études Minoli*, 1974, pp. 129-161.
- ENGISH, KARL, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Trad. J. Baptista Machado, 1983.
- ERSE, CRISTIANO STARLING, “A desconsideração dos efeitos da convenção de arbitragem por razões económicas no Direito português”, in *Revista Videre*, Dourados, MS, v. 8, n.º 16, 1º semestre, 2016, pp. 92-114.
- ESQUÍVEL, JOSÉ, *Os contratos administrativos e a arbitragem*, Almedina, 2004.
- ESTEBAN MONASTERIO, IGNACIO; GARCÍA BARTOLOMÉ, DAVID; PÉREZ DEL BLANCO, GILBERTO; GÓMEZ-ESCALONILLA, LAURA VÁSQUEZ, *Ley de Arbitraje*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

- FADLALLAH, IBRAHIM, “L’ordre public dans les sentences arbitrales”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1994, V, T. 249, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 373-430.
- FADLALLAH, IBRAHIM, “La distinction treaty claims – contract claims et la compétence de l’arbitre CIRDI: faisons-nous fausse route?”, in *Le Contentieux Arbitral Transnational Relatif à l’Investissement*, Anthemis, 2006, pp. 205-218.
- FAUVARQUE-COSSON, BÉNÉDICTE; ARROYO, DIEGO P. FERNÁNDEZ; MONÉGER, JOEL, *Codification du Droit Privé et Evolution du Droit de l’Arbitrage*, Société de Législation Comparée, 2014.
- FEIJÓ, CARLOS MARIA, “Desafios à hipótese de admissibilidade da arbitragem – Matéria administrativa e fiscal em Angola”, in *Arbitragem Tributária*, Nuno Villa-Lobos; Tânia Carvalhais Pereira (Coords.), CAAD, N.º 3, Junho 2015, pp. 12-25.
- FERNANDES, LUIS A. CARVALHO, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Quid Juris, Lisboa, 1993.
- FERNANDES, LUÍS CARVALHO, “Dos recursos em processo arbitral”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, pp. 139-164.
- FERNANDES, LUIS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5ª edição revista e actualizada, Universidade Católica Editora, 2010.
- FERNÁNDEZ-ARMESTO, JUAN, “A arbitragem internacional na lei de arbitragem espanhola após a reforma de 2011”, in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2011, pp. 211-254.
- FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., “New trends in international commercial arbitration in Latin America”, in *International Commercial Arbitration – Different Forms and their features*, Giuditta Cordero-Moss (Ed.), Cambridge University Press, 2013, pp. 398-426.
- FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; VETULLI, EZEQUIEL H., “Certezas e dúvidas sobre o novo Direito arbitral argentino”, in *Revista brasileira de Arbitragem*, Kluwer Law International, Vol. XII, Issue 49, 2016, pp. 52-81.
- FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.; VETULLI, EZEQUIEL H., “The new Argentinian arbitration law: a train in an unknown direction”, in *Arbitration International*, Oxford, 2016, pp. 1-24.

- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, “Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panamenha”, in *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Kluwer Law International, IproLex, 2016, Volume 9, Issue 2, pp. 581-607.
- FERNÁNDEZ ROSAS, JOSÉ CARLOS; SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO A.; GONZALO STAMPA, *Principios Generales del Arbitraje*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- FERRARA, L. CARIOTA, *El negocio jurídico*, Aguilar, 1956.
- FERREIRA, EDUARDO PAZ, “A possibilidade da arbitragem tributária”, in *A Arbitragem em direito tributário*, I Conferência AIBAT-IDEFF, Diogo leite Campos; Eduardo Paz Ferreira (Org.), Almedina, 2010, pp. 9-24.
- FERREIRA RUBIO, DELIA MATILDE, *La Buena Fe – El Principio General en el Derecho Civil*, Editorial Montecorvo S.A., 1984.
- FERREIRA, RUI CARDONA, “O debate Hart-Dworkin”, in *O Direito*, Ano 145, IV, Almedina, 2013, pp. 817-845.
- FERREIRA, SÉRGIO DE ANDRÉA, “A arbitragem e a disponibilidade de direitos no *ius publicum* interno”, in *Reflexões sobre Arbitragem: In Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*; Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Coords.), São Paulo: LTR, 2002, pp. 29-56.
- FERRER, ANTÓNIO DE ARRUDA, “Da arbitragem comercial internacional”, in *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, A. 10/11, 1984/1985, pp. 31 e ss..
- FICHTNER, JOSÉ A.; MONTEIRO, ANDRÉ L., “As causas de denegação da homologação da sentença arbitral estrangeira no Brasil”, in Fichtner; Monteiro (Coord.), *Temas de Arbitragem: 1ª série*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 277-346.
- FIERENS, JEAN PIERRE; VOLDERS, BART, “Monetary relief in lieu of anti-suit injunctions for breach of arbitration agreements”, in *Hommage à Guy Keutgen*, Cepani, Bruylant, 2013, pp. 271-283.
- FILHO, CLÁVIO DE MELO VALENÇA, “Sentença arbitral inexistente”, in *Reflexões sobre arbitragem*, Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Coords.), Editora LTR São Paulo, 2002, pp. 354- 374.
- FILHO, CLÁVIO DE MELO VALENÇA, “Ratificação da Convenção sobre o Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras”, in *Estudos de Arbitragem*, Juruá Editora, 2008, pp. 395-398.

- FINKIN, MATTHEW, “L’arbitrage aux États-Unis, une véritable histoire d’amour”, in *Droit social*, N.º 2, Dalloz, 2017, pp. 128-135.
- FISHER, HOWARD D., *O sistema jurídico alemão e sua terminologia*, Editora Forense, 1ª edição brasileira, 2013.
- FLORES, VALDEZ; JOAQUIN, ARCÉS Y, *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*, Madri, 1990.
- FONTES, TITO ARANTES; CASANOVA, NUNO SALAZAR, “O *Equitable Estoppel* e a arbitragem imposta por terceiros não signatários”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em homenagem a Mário Raposo*, Agostinho Pereira Miranda; Miguel Cancell de Abreu; Paula Costa e Silva; Rui Pena; Sofia Martins (Org.), Universidade Católica Editora, 2015, pp. 277-300.
- FOUCHARD, CLÉMENT; PINTO, FILIPE VAZ, “La nouvelle loi portugaise sur l’arbitrage”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 2, 2013, pp. 367-391.
- FOUCHARD, PHILIPPE, *L’arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965.
- FOUCHARD, PHILIPPE, “Intervention aux débats du colloque consacré à ‘L’arbitrage et les tiers’”, in *Revue de l’arbitrage*, 1988, p. 500.
- FOUCHARD, PHILIPPE, “Où va l’arbitrage international?”, in *Revue de Droit McGill*, Vol. 34, 1989, pp. 435-453.
- FOUCHARD, PHILIPPE, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, in *Revue de l’arbitrage*, 1997, n.º 3, pp. 329-352.
- FOUCHARD, PHILIPPE, “Suggestions pour accroître l’efficacité internationale des sentences arbitrales”, in *Revue de l’arbitrage*, 1998, n.º 4, pp. 653-672.
- FOUCHARD, PHILIPPE, Note sous Cass. 1re civ., 5 janvier 1999, *Zanzi*, *Revue de l’arbitrage*, 1999, pp. 262-271.
- FOUCHARD, PHILIPPE, “Le statut de l’arbitre dans la jurisprudence française”, in *Écrits*, Comité Française de l’Arbitrage, 2007, pp. 147-177.
- FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *Traité de l’Arbitrage Commercial International*, Litec, 1996.
- FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, “A ordem pública no direito dos contratos”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano IV, Coimbra Editora, 2007, pp. 287-300.
- FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2007.

- FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, “Autonomia privada e justiça contratual. Duas questões, nos 50 anos do Código Civil”, in *Edição comemorativa do Centenário – Código Civil*, Elsa Vaz de Sequeira; Fernando Oliveira e Sá (Coord.), Universidade Católica Editora, 2017, pp. 239-254.
- FRANCO, JOÃO MELO; MARTINS, HERLANDER ANTUNES, *Dicionário de conceitos e Princípios jurídicos*, Almedina, Coimbra, 1993.
- FRANKEL, RICHARD, “The Arbitration Clause as Super Contract”, in *Washington University Law Review*, Vol. 91, Issue 3, 2014, pp. 531-587.
- FRANZONI, DIEGO, “Notas sobre a arbitralidade dos litígios societários no Direito brasileiro”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 10, Almedina, 2017, pp. 7-15.
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *Introdução ao Processo civil – Conceito e princípios gerais*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2006.
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral”, in *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2010, pp. 183-198.
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *A ação declarativa comum – À luz do Código de Processo Civil de 2013*, Coimbra Editora, 2013.
- FUMICHON, BRUNO DE LOYNES DE, “La passion de la Révolution française pour l’arbitrage”, in *Revue de l’arbitrage*, 2014, Volume 2014, Issue 1, pp. 3-52.
- FUMICHON, BRUNO DE LOYNES DE; HUMBERT, MICHEL, “L’arbitrage à Rome”, in *Revue de l’arbitrage*, 2003, pp. 285-348.
- GAGO, ROBERT; FERNANDES, WANDERLEY, “Extensão objetiva da cláusula arbitral”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. XI, Issue 43, 2014, pp. 33-58.
- GAILLARD, EMMANUEL, “L’interdiction de se contredire au détriment d’autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l’estoppel dans quelques sentences arbitrales recentes)”, in *Revue de l’arbitrage*, 1985, pp. 241-258.
- GAILLARD, EMMANUEL, “Arbitrabilité”, *J-Cl., Droit International*, fasc. 586-3, 1994, n.º 16.
- GAILLARD, EMMANUEL, “L’exécution des sentences annulées dans leur pays d’origine”, in *Journal de Droit International*, N.º 3, 1998, pp. 645-674.
- GAILLARD, EMMANUEL, “L’Arbitrage sur le fondement des Traités de Protection des Investissements”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2003, pp. 853-875.

- GAILLARD, EMMANUEL, “Du bon usage du droit comparé dans l’arbitrage international”, *Hommage à la mémoire de Philippe Fouchard*, in *Revue de l’arbitrage*, 2005, pp. 376 e ss..
- GAILLARD, EMMANUEL, “La Jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d’arbitrage international”, in *Revue de l’arbitrage*, 2007, N.º 4, pp. 697-720.
- GAILLARD, EMMANUEL, *Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international*, Les livres de poche de l’Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff publishers, 2008.
- GAILLARD, EMMANUEL, “Le nouveau droit français de l’arbitrage interne et international”, in *Recueil Dalloz – 20 janvier 2011*, N.º 3, pp.175-191.
- GAILLARD, EMMANUEL, “La vision américaine des sentences annulées au siège (Observations sur les arrêts Pemex et Thai-Lao Lignite de la Cour d’appel fédérale du 2º Circuit des 2 août 2016 et 20 juillet 2017)”, in *Revue de l’arbitrage*, 2017, N.º 4, pp. 1147-1165.
- GAILLARD, EMMANUEL, “Dialogue des ordres juridiques: ordre juridique arbitral et ordres juridiques étatiques”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 3, 2018, pp. 493-512.
- GAILLARD, EMMANUEL; SAVAGE, JOHN, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
- GAMA JR., LAURO, “Recusas fundadas no artigo V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil”, in *Arbitragem Comercial Internacional*, Arnaldo Wald; Selma Ferreira Lemes (Coord.), Saraiva, 2014, pp. 235-273.
- GARCÍA MARTÍNEZ, ANTONIO, “El control postarbitral del laudo extranjero – El convenio de Nueva York – Y la causal de orden público”, in *VIII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2015, pp. 35-42.
- GARDNER, MAGGIE, “Retiring Forum Non Conveniens”, in *New York University Law Review*, N.º 2, Vol. 92, New York University, 2017, pp. 390-461.
- GAUDEMET-TALLON, HÉLÈNE, Note sous Paris, 26 mars 1991, *Dalico*, *Revue de l’arbitrage*, 1991, pp. 456-467.
- GAUDEMET-TALLON, HÉLÈNE, Note sous Cass. 1re Ch. civ., 20 décembre 1993, *Revue de l’arbitrage*, 1994, N.º 1, pp. 118-125.

- GAUDEMET-TALLON, HÉLÈNE, “L’autonomie de la volonté: jusqu’où?”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2015, p. 255-272.
- GÉLINAS, FABIEN, “*Favor arbitrandum et favor validitatis*”, in Frédéric Bachand et Fabien Gélinas (Dir.), *D’une réforme à une autre: Regards croisés sur l’arbitrage au Québec*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013, pp. 29-46.
- GÉNY, FRANÇOIS, *Méthode d’Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, Vol I, LGDJ, 1919.
- GHARAVI, HAMID G., *The international effectiveness of the annulment of an Award*, Holanda, Kluwer Law International, 2002.
- GHARAVI, HAMID G., “Le financement par un tiers”, in *L’argent dans l’arbitrage*, Walid Ben Hamida; Thomas Clay (Dir.), Lextenso éditions, 2013, pp. 33-36.
- GIL, PEDRO GALINDO, “Artículo 4. Regras de interpretación”, in *Comentários a la Ley de Arbitraje*, Carlos González-Bueno (Coord.), Consejo general del Notariado, 2014, pp. 69-83.
- GIOVANNUCCI-ORLANDI, CHIARA, “La nouvelle réglementation italienne de l’arbitrage après la loi du 2 février 2006”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 1, 2008, pp. 19-31.
- GOBERT, MICHÈLE, “Réflexions sur les sources du droit et les principes d’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes”, in *RTD civ.*, 1992, pp. 489-528.
- GOLDMAN, BERTHOLD, “Les conflits de Lois dans l’arbitrage international de Droit privé”, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tome 109, II, 1963, pp. 351-483.
- GOLDMAN, BERTHOLD, *Unification internationale et harmonisation du droit dans le domaine des sociétés multinationales, Rapport au 2e Congrès international de droit privé de l’Unidroit*, Rome 9-15 sept. 1976.
- GOMES, CARLA AMADO, “Arbitragem administrativa e ambiente”, in *Arbitragem e Direito público*, Carla Amado Gomes *et al.* (Coord.), AAFDL Editora, 2015, pp. 437-452.
- GÓMEZ JENE, MIGUEL, *Arbitraje Comercial Internacional*, Thomson Reuters, 2018.
- GONÇALVES, DIOGO COSTA, “A vinculação de terceiros à convenção de arbitragem. Algumas reflexões”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria*

- Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, pp. 285-299.
- GONÇALVES, EDUARDO DAMIÃO, “Artigo V (inciso 2) – Comentários ao artigo V(2)(A)(B) da Convenção de Nova Iorque”, in *Arbitragem Comercial Internacional – A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*, Saraiva, 2014, pp. 278-279.
- GONÇALVES, LUÍS COUTO, “A questão da competência do tribunal arbitral necessário para apreciar a invalidade da patente com eficácia *inter partes* – anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de dezembro de 2016”, in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1 – 2017, pp. 363-380.
- GONÇALVES, MANUEL; VALE, SOFIA; DIAMVUTU, LINO, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada – Angola*, Almedina, 2013.
- GONZÁLEZ-BUENO, CARLOS, *The Spanish Arbitration Act: A Commentary*, Dykinson, S.L, 2016.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO, “Compétence à la Mexicaine et à l’Américaine – Une évolution douteuse”, in *Les Cahiers de l’Arbitrage*, Vol. IV, Editions A. Pedone, 2008, pp. 169-174.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, 2011.
- GOODE, ROY, “The role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration”, *Arbitration International*, vol. 17, 2001, p. 19.
- GOTTWALD, PETER, “Internationale Schiedsgerichtsbarkeit”, in *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Arbitrage International – International Arbitration*, Gottwald; Schlosser (Org.), Giesecking-Verlag.Bielefeld, 1997, pp. 1-143.
- GOTTWALD, PETER, “Summary and conclusions of the General Report”, in *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Arbitrage International – International Arbitration*, Gottwald; Schlosser (Org.), Giesecking-Verlag.Bielefeld, 1997, pp. 144-160.
- GOUVEIA, JORGE BACELAR, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. 1, 5ª Edição, Almedina, 2013.
- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *A causa de pedir na acção declarativa*, Almedina, 2004.
- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, “O reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras nos países lusófonos”, in *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara*

- de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 95-119.
- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, Almedina, 2011.
- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, “A competência cautelar do tribunal arbitral, em especial as providências executivas e as *anti-suit injunctions*”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 861-892.
- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a edição, Almedina, 2015.
- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA; CARVALHO, JORGE MORAIS, “Convenção de arbitragem em contratos múltiplos”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 36, Outubro/Dezembro, 2011, pp. 36-49.
- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA; TRIGO, ANA COIMBRA, “L’affaire Garoubé: Responsabilidade das instituições arbitrais e impecuniosidade das partes”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XI, Almedina, 2018, pp. 65-106.
- GOYARD-FABRE, SIMONE, “De quelques ambiguïtés du Positivisme Juridique”, in *Cahiers de Philosophie politique et Juridique*, n.º 13, Centre de Publications de l’Université de Caen, 1988, pp. 25-44.
- GREBLER, EDUARDO, “A revelia no processo arbitral brasileiro”, in Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez, *Reflexões sobre arbitragem*, Editora LTR São Paulo, pp. 291-324.
- GREEN, RONALD M.; SPELFOGEL, EVAN J.; ASEN, BARRY, “*Circuit City Stories, Inc. v. Adams*. The end of the long and winding road to a national policy favoring the arbitration of employment disputes”, in *Journal of American Review*, Vol. 1, 2002, pp. 279-244.
- GRESSAYE, JEAN BRETHER DE LA; LABORDE-LACOSTE, MARCEL, *Introduction générale à l’étude du Droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1947.
- GRIGERA NAÓN, HORACIO A., “‘Misères et splendeurs’ of the *Kompetenz-Kompetenz* – Principle in International Arbitration (a Transatlantic Comparison)”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, pp. 273-281.

- GUERRA, ALEXANDRE, *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*, Almedina, 2016.
- GUNTER, PIERRE-YVES, “Panorama de jurisprudence suisse”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Vol. III, Gazette du Palais, Édition Juillet, 2006, pp. 426 e ss..
- GUYON, YVES, *L’arbitrage*, Economica, 1995.
- HAMMOND, NICHOLAS G. L., “Arbitration in Ancient Greece”, in *Arb. Int’l*, Vol. 1, N.º 2, pp. 188-190.
- HANOTIAU, BERNARD, “L’Arbitrage international en Belgique”, in *Travaux offerts au Professeur A. Fettweis: L’arbitrage*; Ed. Story-Scientia, 1989, pp. 143-155.
- HANOTIAU, BERNARD, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, in *Journal de Droit International*, 1994, pp. 899-966.
- HANOTIAU, BERNARD, “What law governing the issue of arbitrability?”, in *Arbitration International*, Vol. 12, N.º 4, 1996, pp. 391-403.
- HANOTIAU, BERNARD, “L’arbitrabilité”, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 2002, pp. 29-253.
- HANOTIAU, BERNARD, “L’arbitrabilité des litiges dans l’ordre interne belge dans une perspective comparative”, in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Vol. 59, Ed. Formation Permanente CUP, Décembre 2002, pp. 57-143.
- HANOTIAU, BERNARD, “L’arbitrage et les groupes de sociétés”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, vol. II, Gazette du Palais, Édition Juillet, 2004, pp. 111-120.
- HANOTIAU, BERNARD, *Complex Arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*, Kluwer Law International, 2006.
- HANOTIAU, BERNARD, “Les groupes de sociétés dans l’arbitrage commercial”, in *La convention d’arbitrage – groupes de sociétés et groupes de contrats*, Bruylant, 2007, pp. 115-139.
- HANOTIAU, BERNARD, “*Favor arbitrandum*”, in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l’arbitrage*, CEPANI, Bruylant, 2013, pp. 234-244.
- HAROCHE, CLAUDINE, “Le besoin de préférence dans les mécanismes de la faveur”, in *La faveur et le droit*, Gilles J. Guglielmi (Dir.), PUF, 2009, pp. 39-54.
- HASCHER, DOMINIQUE, “L’influence de la doctrine sur la jurisprudence française en matière d’arbitrage”, in *Revue de l’arbitrage*, 2005, N.º 2, pp. 391-419.
- HELFAND, MICHAEL A., “Arbitration’s Counter-Narrative: the Religious Arbitration Paradigm”, in *The Yale Law Journal*, Vol. 124, N.º 8, 2015, pp. 2994-3051.

- HENRIQUES, DUARTE GORJÃO, “A extensão da convenção de arbitragem no quadro dos grupos de empresas e da assunção de dívidas: um vislumbre de conectividade?”, in *ROA*, Lisboa, ano 74, Janeiro/Março 2014, pp. 141-179.
- HENRIQUES, DUARTE GORJÃO, “‘Third party funding’ ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal”, in *ROA*, Ano 75, Lisboa, 2015, pp. 573-624.
- HENRIQUES, DUARTE GORJÃO, “Penalty clauses in international arbitration: a comparative snapshot”, in *World Arbitration & Mediation Review*, Vol. 11, N.º 4, LLC, 2017, pp. 419-452.
- HENRIQUES, DUARTE GORJÃO, “A Regulação de ‘Third-Party funding’”, in XI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, 2018, pp. 55-81.
- HENRY, FRÉDÉRIC, “Les progrès de l’arbitrage: existe-t-il encore des pans entiers du droit qui, pour tous leurs aspects, ne peuvent donner lieu à l’arbitrage/arbitrabilité?”, in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l’arbitrage*, CEPANI, Bruylant, 2013, pp. 189-202.
- HERNANDEZ-GIL, *Metodologia del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.
- HOBÉR, KAJ, *International Commercial Arbitration in Sweden*, Oxford, 2011.
- HOLTZMANN, HOWARD; NEUHAUS, JOSEPH, *A Guide to the Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law, Holanda, 1989.
- HORSMANS, GUY, “L’importance de l’arbitrage pour le juriste belge”, in *Travaux offerts au Professeur A. Fettweis: L’arbitrage*, Ed. Story-Scientia, 1989, pp. 3-30.
- HOUTTE, VERA VAN, “Consent to arbitration through agréments to printed contracts: the continental experience”, in *Arb. Int.*, 2000, pp. 1-18.
- HOUTTE, VERA VAN; BOURGOIS, SOPHIE, “Anti-suit injunctions and the West Tankers Decision: closing remarks”, in *Hommage à Guy Keutgen*, Cepani, Bruylant, 2013, pp. 322-335.
- HUBER, LUCIUS, “Arbitration Clause ‘by Reference’”, in *The arbitration agreement – its multifold critical aspects (December 1994)*, *ASA Special Series N.º 8*, edited by Mr. Blessing, pp. 78-88.
- HUBER, PETER; BACH, IVO, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1032 – Arbitration Agreement and Substantive Claim Before

- Court”, in Patricia Nacimiento; Stefan Michael Kroll, *et al.*, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, pp. 116-132.
- HUBER, PETER; BACH, IVO, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter IV: Jurisdiction of Arbitral Tribunal, § 1040 – Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction”, in Patricia Nacimiento, Stefan Michael Kroll, *et al.* (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, pp. 215-225.
- JAEGGI, JEANETTE, “Ideologies of arbitration”, in *Journal of American Arbitration*, Vol. 1, 2002, pp. 245-271.
- JAGUSCH, STEPHEN, “Third party funding of international arbitrations”, in *The leading arbitrator’s guide to international arbitration*, Lawrence W. Newman; Richard D. Hill (Eds.), Juris, 2014, pp. 207-245.
- JALLAMION, CARINE, “La jurisprudence française et l’arbitrage de 1843 à 1958: de la défaveur à la faveur jusqu’à l’avènement de l’arbitrage international (Partie I)”, in *Revue de l’arbitrage*, 2015, Issue 3, pp. 739-780;
- JALLAMION, CARINE, “La jurisprudence française et l’arbitrage de 1843 à 1958: de la défaveur à la faveur jusqu’à l’avènement de l’arbitrage international (Partie II)”, in *Revue de l’arbitrage*, 2015, Issue 4, pp. 1037-1101.
- JARA VÁSQUEZ, MARIA ELENA, “Decisiones de la Justicia Estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Um análisis desde la perspectiva del principio *favor arbitralis*”, in *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, N.º 3, 2011, pp. 159-185.
- JARROSSON, CHARLES, “Réflexions sur l’*imperium*”, in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, pp. 245 e ss.
- JARROSSON, CHARLES, “Response to the report of Mr. Frédéric Henry”, in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l’arbitrage*, CEPANI, Bruylant, 2013, pp. 207-212.
- JARVIN, SIGVARD; DERAIS, YVES, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.
- JARVIN, SIGVARD; DERAIS, YVES, *Collection of ICC Arbitral Awards*, Kluwer, 1998.
- JEANNEAU, BENOÎT, *La nature des principes généraux du droit en droit français*, Etudes de droit contemporain en l’honneur de Rodière, préface, éditions Cujas, 1962.

- JOLIDON, PIERRE, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Editions Staempfli & Cie Sa Berne, 1984.
- JORGE, FERNANDO PESSOA, *Forma da Cláusula Compromissória – Incumprimento do Contrato-promessa (Jurisprudência comentada)*, Lisboa, 1972.
- JÚDICE, JOSÉ MIGUEL, “As providências cautelares e a arbitragem: em que estamos?”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Almedina, 2011, pp. 657-679.
- JÚNIOR, HUMBERTO THEODORO, «Arbitragem e terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros », in *Reflexões sobre arbitragem*, Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Coords.), Editora LTR São Paulo, 2002, pp. 227-275.
- JUSTO, A. SANTOS, “A arbitragem no direito romano – Breve referência ao Direito português, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra Editora, 2013, pp. 675-701.
- JUSTO, A. SANTOS, *Introdução ao Estudo do Direito*, 7ª Edição, Coimbra Editora, 2015.
- KAHN, PHILIPPE, “L’interprétation des contrats internationaux”, 108 *Clunet*, 1981, pp. 5-28.
- KAHN, PHILIPPE, “Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international”, in *Journal de Droit International*, 1989, pp. 305-327.
- KALAFATOGLU, MEHMET POLAT, *L’arbitrabilité en matière de propriété industrielle – Étude en droit de l’arbitrage international*, L’Harmattan, 2018.
- KARRER, PIERRE A., “Is there a *Favor Iurisdictionis Arbitri*? Standards of Review of Arbitral Jurisdiction Decisions in Switzerland”, in *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 1996, Vol. 13, Issue 3, pp. 31-38;
- KARRER, PIERRE A., “La convention d’arbitrage en droit suisse – Forme, validité, portée?”, in *Mélanges en l’honneur de François Knoepfler*, Bâle, 2005, pp. 177-189;
- KARRER, PIERRE A., “Responsability of arbitrators and arbitral institutions”, in *The leading arbitrator’s Guide to international arbitration*, Lawrence W. Newman; richard D. Hill (Eds.), Juris, 2014, pp. 161-174.
- KARRER, PIERRE A; KÄLIN-NAUER, CLAUDIA, “Is there a *Favor Iurisdictionis Arbitri*? – Standards of Review of Arbitral Jurisdiction Decisions in Switzerland, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 13, N.º 3, 1996, p. 31-38.

- KARTON, JOSHUA, “The arbitral role in contractual interpretation”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2015, 6, pp. 4-41.
- KAUFMANN, ARTHUR; HASSEMER, WINFRIED; ROBLES, GREGORIO, *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Editorial Debate, 1992.
- KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE; RIGOZZI, ANTONIO, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2e éd. Revue et augmentée, Weblaw, 2010.
- KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE; RIGOZZI, ANTONIO, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, Oxford, 2015.
- KELSEN, HANS, *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deuticke Wien, 1960.
- KELSEN, HANS, *Teoria Pura do Direito*, 5ª Ed., Trad. Dr. João Baptista Machado, Arménio Amado – Editor, Sucessor – Coimbra, 1979.
- KELSEN, HANS, *Théorie Pure du Droit*, Trad. Charles Eisenmann, Bruylant, LGDJ, 1999.
- KERAMEUS, NIKI K., “L’engagement des sociétés d’un groupe à l’arbitrage – Une approche comparative”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 3, 2013, pp.
- KESSEDJIAN, CATHERINE, Note sous Cass. 1re civ., 11 oct. 1989, *Bomar*, *Revue de l’arbitrage*, 1990, pp. 136-141.
- KESSEDJIAN, CATHERINE, Note sous Cass. 1re civ., 9 novembre 1993, *Bomar*, *Revue de l’arbitrage*, 1994, n.º 1, pp. 109-115.
- KESSEDJIAN, CATHÉRINE, “Principe de la contradiction et arbitrage”, in *Revue de l’arbitrage*, 1995, pp. 381 e ss..
- KESSEDJIAN, CATHERINE, *Droit du commerce international*, PUF, 2013.
- KEUTGEN, GUY, “La réforme 2013 du droit belge de l’arbitrage”, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 2014, Vol. 91, N.º 1, pp. 65- 112.
- KEUTGEN, GUY; DAL, GEORGES-ALBERT, *L’arbitrage en droit belge et international*, T. I, Bruylant Bruxelles, 2006.
- KEUTGEN, GUY; DAL, GEORGES-ALBERT, *L’arbitrage en droit belge et international*, T. II, 2e éd., Bruylant, 2012.
- KLEINER, CAROLINE, “L’affaire du siècle: *NML* c/ République d’Argentine ou la ‘contribution’ des fonds vautours au droit international”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 391-413.
- KOCA, ERGÜN, *Possibility of an autonomous international commercial arbitration*, University of Lapland, 2017.

- KOH, HAROLD HONGJU, *Transnational Litigation in United States Courts*, Foundation Press/Thomson West, 2008.
- KOJÈVE, ALEXANDRE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, 1943, éd. Posthume, 1981.
- KONO, TOSHIYUKI; JURCYS, PAULIUS, "General Report", in TOSHIYUKI KONO, *Intellectual property and private international law: comparative perspectives*, Oxford and Portland, Oregon, 2012, pp. 1-216.
- KREINDLER, RICHARD H.; SCHAEFER, JAN K., "Les cinq premières années d'application de la nouvelle législation", *Revue de l'arbitrage*, N.º 2, 2003, pp. 496-527.
- KRINGS, MAURICE, "Les limites de l'arbitrage", in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, CEPANI, Bruylant, 2013, p. 214-229.
- KRÖLL, STEFAN, "Comment on BGH, Urt. v. 13.1.2009 - XI ZR 66/08", *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2009, pp. 164 e ss.
- KRÖLL, STEFAN, "Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VIII: Recognition and Enforcement of Awards, § 1061 – Foreign Awards", in Patricia Nacimiento; Stefan Michael Kroll *et al.* (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, pp. 443-504.
- KRÖLL, STEFAN MICHAEL, "National Report for Germany (2018)", in Jan Paulsson and Lise Bosman (eds), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Supplement No. 98, 2018, pp. 1-70.
- KRÖLL, STEFAN; KRAFT, PETER, "Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VII: Recourse against the award, § 1059 – Application for setting aside", in Patricia Nacimiento; Stefan Michael Kroll *et al.* (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd ed., Kluwer, 2015, pp. 383-420.
- KRYVOI, YARASLAU, "Piercing the Corporate Veil in International Arbitration", in *The Global Business Law Review*, Vol. 1, Cleveland State University, 2011, pp. 169-186.
- KULESZA, GUSTAVO SANTOS; TRIPODI, LEANDRO, "Noções gerais sobre Arbitragem Comercial Internacional", in *Arbitragem Comercial – Princípios, Instituições e Procedimentos*, Marcial Pons, 2013, pp. 29-54.
- LAFONT, SOPHIE, "L'arbitrage en Mésopotamie", in *Revue de l'arbitrage*, N.º 4, 2000,

pp. 557-590.

LALIVE, PIERRE, “Ordre public transnational (ou réellement international) et l’arbitrage international”, in *Revue de l’arbitrage*, 1986, pp. 329-371.

LALIVE, PIERRE, “Sur l’irresponsabilité arbitrale”, in *Études de Procédure et d’arbitrage en l’honneur de J.-F. Poudret*, Faculté de Droit de l’Université de Lausanne, 1999, pp. 419-435.

LALIVE, PIERRE, “Absolute Finality of Arbitral Awards”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2008, pp. 107-126.

LALIVE, P.; GAILLARD, E., “Le nouveau droit de l’arbitrage international en Suisse”, in *Journal de Droit International*, 1989, pp. 905-957.

LALIVE, P.; POUDRET, J.-F.; REYMOND, C., *Le droit de l’arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, Lausanne, 1989.

LAMEGO, JOSÉ, *Hermenêutica e Jurisprudência*. Análise de uma “recepção”, Fragmentos, 1990.

LAMEGO, JOSÉ, “A argumentação transcendental em Kelsen”, in *Estudos em honra do Prof. Doutor José Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, 2008, pp. 343-355.

LAMEGO, JOSÉ, *Elementos de Metodologia Jurídica*, Almedina, 2016.

LAPÉROU-SCHENEIDER, BÉATRICE, “De la nature répressive de l’action de groupe et de son extension en droit du travail”, in *Droit social*, N.º 3, Dalloz, 2015, pp. 256-263.

LARENZ, KARL, *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, 2001.

LARENZ, KARL, *Metodologia da Ciência do Direito*, 7ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LATORRE, ANGEL, *Introdução ao Direito*, 5ª Reimpressão, Almedina, 2002.

LEBOULANGER, PHILIPPE, “La renonciation à l’immunité d’exécution: désordre ou pragmatisme”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 455-463.

LEE, JOÃO BOSCO, “A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito brasileiro de Arbitragem”, in *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam*, Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins (Coord.), Editora Atlas, São Paulo, 2007, pp. 175-188.

- LEFÈVRE, FRANÇOISE; HAEGEN, OLIVIER VAN DER, “Arbitration and Brussels I Regulation: Before and after West Tankers”, in *Hommage à Guy Keutgen*, Cepani, Bruylant, 2013, pp. 287-302.
- LE GALL, “Rapport de Synthèse”, in *Arbitrage et Fiscalité*, Dijon, *Revue de l’arbitrage*, 2001, n.º 2, pp. 371-388.
- LEGROS, CÉCILE, Note sous Cass. 1re civ., 20 déc. 2000, *Prodexport, Revue de l’arbitrage*, 2003, N.º4, pp. 1342-1353.
- LEMES, SELMA M. FERREIRA, “Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes”, in *Reflexões sobre Arbitragem*, Editora LTR São Paulo, 2002, pp. 188-208.
- LEMES, SELMA FERREIRA, “A credibilidade na arbitragem”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2019, pp. 989-995.
- LEVEL, PATRICE, “L’arbitrabilité”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 2, 1992, pp. 213-240.
- LEVY, DANIEL, *Les abus de l’arbitrage commercial international*, L’Harmattan, 2013.
- LÉVY, LAURENT; ROBERT-TISSOT, FABRICE, « L’interprétation arbitrale », in *Revue de l’arbitrage*, N.º 4, 2013, pp. 861-952.
- LÉVY, LAURENT; STUCKI, BLAISE, “Note – Tribunal federal, 16 octobre 2003”, in *Revue de l’arbitrage*, 2004, Issue 3, pp. 707-718.
- LEW Q.C., JULIAN D. M., “Panorama de jurisprudence anglaise”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Vol. II, Gazette du Palais, Édition Juillet, 1994, pp. 384-392.
- LEW, JULIAN D. M.; MISTELIS, LOUKAS A.; KROLL, STEFAN MICHAEL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- LICCI, PAULO, “L’interpretazione della convenzione arbitrale in materia non contrattuale”, in *Rivista dell’Arbitrato*, N.º 4, Giuffrè Editore, 2017, pp. 733-749.
- LIMA, BERNARDO, *A arbitrabilidade do dano ambiental*, Editora Atlas, 2010.
- LIMA, TELMA PIRES DE, “Anotação ao Acórdão *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*”, in *100 Anos de arbitragem – Os casos essenciais comentados*, Coimbra Editora, 2015, pp. 291-315.
- LINSMEAU, JACQUELINE, “L’arbitrage volontaire en droit privé belge”, in *Répertoire pratique du droit belge*, Complément, tome VII, 1990, Bruxelles Bruylant, 1991, pp. 1-68.

- LINSMEAU, JACQUELINE, Note sous Sentence *ad hoc* rendue en Belgique, 26 juin 1997, in *Revue de l'arbitrage*, 1999, N.º 3, pp. 690-692.
- LIONNET, KLAUS, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Zweite, neubearbeitete Auflage, Richard Boorberg verlag, 2001.
- LOQUIN, ÉRIC, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éditions-Lextenso éditions, 2015.
- LORCA NAVARRETE, ANTÓNIO MARIA; SILGUERO ESTAGNAN, JOAQUIN, *Derecho de Arbitraje Español*, Dykinson, 1994.
- LORENZO, MANUEL DE, “La renuncia anticipada a la impugnación del laudo”, in *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español del Arbitraje*, 2016, Issue 27, p. 102.
- LOTTIN, DOM ODON, *Principes de morale*, Tome II – Compléments de doctrine et d’histoire, Éditions de l’Abbaye du Mont César, Louvain, 1947.
- MACCORMICK, NEIL, *H. L. A. Hart – Jurists: Profiles in Legal Theory*, Edward Arnold (Publishers), 1981.
- MCGRATH, COLM PETER; KOZIOL, HELMUT, “Is style of reasoning a fundamental difference between the common law and the civil law”, in *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Heft 4, Band 78, Max-Planck-Institut, 2014, pp. 709-749.
- MCLAUGHLIN, JOSEPH T., “Arbitrability: current trends in the United States”, in *Arbitration International*, Vol. 12, N.º 2, 1996, pp. 113-136.
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, “Prefácio”, in *Introdução ao Pensamento Jurídico* de Karl Engisch, 2ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *O sistema científico e a Teoria de Kelsen*, Separata da Revista da Faculdade de Direito, Ano XXVI, pp. 11-45.
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, “Teoria Pura do Direito”, in *Polis*, Vol. 5, 1987, pp. 1167-1172.
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 2002.
- MACHETE, RUI CHANCERELLE DE, “O alargamento do âmbito das matérias sujeitas à arbitragem administrativa no Direito português”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2013, pp. 174 e ss..

- MAIA, PEDRO, “Arbitragem societária: presente e prospectiva”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 10, Almedina, 2017, pp. 38-73.
- MALHEIRO, GONÇALO; UVA, PEDRO SOUSA, “Portugal Finally Approves its New Arbitration Law”, in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2012, pp. 327-348.
- MANCIAUX, SEBASTIEN, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d’autres États*, Litec, 2004.
- MANN, F.A., “Lex Facit Arbitrum”, *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1967, p. 159; *Arbitration International*, 1986, p. 241.
- MANTILLA-SERRANO, FERNANDO, “Towards a transnational procedural public policy”, in *Arbitration International*, Vol. 20, N.º 4, 2004, pp. 333-353.
- MANTILLA-SERRANO, FERNANDO, “La nouvelle loi péruvienne sur l’arbitrage du 27 juin 2008”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 4, 2009, pp. 731-739.
- MANTILLA-SERRANO, FERNANDO, “La ley española de arbitraje”, in *Revista de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2010, pp. 27-43.
- MARQUES, ALEXANDRA, “Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público”, in *Arbitragem e Direito público*, AAFDL, 2015, p. 355-394.
- MARQUES, J. DIAS, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1979.
- MARQUES, MÁRIO REIS, *Introdução ao Direito*, Vol. 1, 2ª Edição, 2012.
- MARQUES, J. P. REMÉDIO, *Acção declarativa à luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 2007.
- MARQUES, JOÃO PAULO REMÉDIO, “A apreciação da validade de patentes (ou certificados complementares de protecção) por tribunal arbitral necessário – excepção *versus* reconvenção na Lei n.º 62/2011”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 2011, pp. 179-212.
- MARQUES, JOÃO PAULO REMÉDIO, “A arbitrabilidade da excepção de invalidade da patente no quadro da Lei n.º 62/2011”, in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2/2014, pp. 215 e ss..
- MARQUES, JOÃO PAULO REMÉDIO, “*Bis in idem*: Em torno da competência dos tribunais arbitrais necessários para apreciar a questão da invalidade da patente com efeitos *inter partes* – Anotação ao acórdão do STJ, de 14 de Dezembro de 2016 (Proc. N.º 1248/14.6YRLSB.S1)”, in *Revista de Direito Intelectual*, N.º 01, 2017, pp. 305-361.

- MARQUES, JOÃO PAULO F. REMÉDIO, “A (densidade da) falta de fundamentação da matéria de facto enquanto causa de anulação de decisão arbitral”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, pp. 485-524.
- MARTIN, CONSTANCE CASTRES SAINT, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, Université Panthéon-Assas, 2015.
- MARTIN OVIEDO, JOSÉ, *Formación y aplicación del Derecho (Aspectos Actuales)*, Madrid, 1972.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, 7ª Edição, Almedina, 2015.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, "Mediação e arbitragem em Direito laboral", in *Revista de Direito e de Estudos sociais*, Almedina, 2016, pp. 7-28.
- MARTINS, ANDRÉ CHATEAUBRIAND, “Os diferentes níveis de ordem pública sob uma perspectiva da jurisprudência brasileira em arbitragens doméstica e internacional”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2013, Vol. X, Issue 37, pp. 50-67.
- MARTINS, PEDRO BATISTA A., *Arbitragem no direito societário*, Quartier Latin, 2012.
- MARTINS, PEDRO BATISTA, “A Cláusula compromissória societária”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 10, Almedina, 2017, pp. 32-37.
- MARTINS, SARA ESTIMA, “Anotação ao Acórdão *Eco Swiss*”, in *100 anos de arbitragem – Os casos essenciais comentados*, Coimbra Editora, 2015, pp. 205-215.
- MARTINS, SOFIA, “Ainda a redacção de cláusulas arbitrais. Cláusulas em contratos multipartes e em situações de contratos múltiplos”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em homenagem a Mário Raposo*, Agostinho Pereira de Miranda; Miguel Cancela de Abreu; Paula Costa e Silva; Rui Pena; Sofia Martins (Org.), Universidade Católica Editora, 2015, pp. 267-276.
- MARTINS, SOFIA; MENÉNDEZ-PROENÇA DE CARVALHO, URÍA, «Arbitragens complexas: um comentário ao caso *Dallah*», in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2012, pp. 37-53.
- MARTY, GABRIEL; RAYNAUD, PIERRE, *Droit Civil – Introduction Générale à l'Etude du Droit*, Tome I, 2e édition, Sirey, 1972.
- MASCAREÑO, ALDO, “Colisión y armonización de regímenes regulatórios en la sociedade mundial”, in *Campo Jurídico*, vol. 3, n.º 1, Maio, 2015, pp. 151-180.

- MATRAY, DIDIER, “L’arbitrage et l’assurance. Les rapports avec les tiers”, in *L’arbitrage et le droit des assurances*, Groupe Larcier, s.a., 2015, pp. 148-149.
- MATRAY, DIDIER; MATRAY, GAUTIER, “La rédaction de la convention d’arbitrage”, in *La convention d’arbitrage – Groupes de sociétés et groupes de contrats*, Bruxelles: Bruylant, 2007, pp. 23-77.
- MAYER, PIERRE, “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence”, in *RCADI*, 1989, pp. 321-454.
- MAYER, PIERRE, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, in *Revue de l’arbitrage*, 1998, p. 359-368.
- MAYER, PIERRE, “Effect of International Public Policy in International Arbitration”, in *Julian D. M. Lew and Loukas A. Mistelis (eds), Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, p. 61-69.
- MAZEAUD, HENRI et LÉON; MAZEAU, JEAN; CHABAS, FRANÇOIS, *Introduction à l’Étude du Droit*, Tome I, 11 ed. par François Chabas, Montchrestien, 1996.
- MCNEILL, MARK S.; JURATOWITCH, BEN, “The doctrine of separability and consent to arbitrate”, in *Arbitration International*, Vol. 24, N.º 3, Kluwer Law International, 2008, pp. 475-487.
- MEERSCH, W. J. GANSHOF VAN DER, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1970.
- MEESSEN, KARL M., “State immunity in the arbitral process”, in Norbert Horn; Stefan Kröll, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, 2004, pp. 387-397.
- MEHREN, ARTHUR TAYLOR VON, “International Commercial arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence”, in *Louisiana Law Review*, Vol. 46, N.º 5, 1986, pp. 1045-1059.
- MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *Introdução às práticas arbitrais*, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2011.
- MENDES, ARMINDO RIBEIRO, “A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, 2013, pp. 703-757.
- MENDES, ARMINDO RIBEIRO, “A arbitragem na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *RIAC*, N.º 7, Almedina, 2014, pp. 123-160.
- MENDES, ARMINDO RIBEIRO, “A falta de capacidade económica superveniente para suportar os custos da arbitragem”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 9-36.

- MENDES, EVARISTO, “Crónica de Jurisprudência”, in *Propriedades intelectuais*, N.º 3, Junho 2015, pp. 103-106.
- MENDES, GILMAR FERREIRA; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 7ª Edição revista e atualizada, 2012.
- MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Direito Processual*, Vol. I, Lisboa, 1986.
- MENDES, MANUEL OEHEN, “Da incompetência dos tribunais arbitrais portugueses para apreciarem a questão da invalidade das patentes e dos certificados complementares de proteção para medicamentos”, in *Propriedades intelectuais*, N.º 4, Novembro 2015, pp. 5-14.
- MENDES, MANUEL OEHEN, “Breves considerações sobre a incompetência dos tribunais arbitrais portugueses para apreciarem a questão da invalidade das patentes e dos certificados complementares de protecção para medicamentos”, in *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, reimpressão, Almedina, 2016, pp. 927-947.
- MENDES, SOFIA RIBEIRO, “Cinco anos de vigência da LAV: *Favor Arbitrandum* na interpretação e aplicação jurisprudencial”, in *XI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2018, pp. 31-54.
- MENÉTREY, SÉVERINE, “La Médiation à la Croisée des Frontières: Le cas Luxembourgeois”, in *New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives*, Carlos Esplugues e Louis Marquis (Editors), Springer, 2015, pp. 454 e ss..
- MERINO MERCHÁN, JOSÉ F.; CHILLÓN MEDINA, JOSÉ Mª, *Tratado de Derecho Arbitral*, Cuarta Edición, Civitas.Thomson Reuters, 2014.
- MEZGHANI, ALI, “Le droit musulman et l’arbitrage”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 2, 2008, pp. 211-225.
- MIEDZIANAGORA, J., *Philosophies Positivistes du Droit et Droit Positif*, LGDJ, 1970.
- MIMOSO, MARIA JOÃO, *Arbitragem do Comércio Internacional – Medidas provisórias e cautelares*, Quid Juris, 2009, pp. 94-95.
- MIRANDA, AGOSTINHO PEREIRA DE; MATIAS, CÉLIA FERREIRA, “*Regresso ao Futuro: Apontamentos sobre a História da Arbitragem*”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2008, pp. 25-36.
- MIRANDA, AGOSTINHO PEREIRA; LEONARDO, CLÁUDIA, “Lei angolana da Arbitragem Voluntária: uma análise descritiva”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, RARB 25, 2010, pp. 199-212.

- MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 7ª Edição, Coimbra Editora, 2013.
- MONCADA, LUÍS CABRAL DE, “A arbitragem no direito administrativo: uma justiça alternativa”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, N.º VII Especial, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2010, pp. 171-186.
- MONTALIVET, PIERRE, *Les Principes Généraux du Droit*, JurisClasseur Administratif, Fasc. 8, LexisNexis SA, 2007.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO PINTO, “Da ordem pública no processo arbitral”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra Editora, 2013, pp. 589-673.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO PINTO, *O princípio da igualdade e a pluralidade de Partes na arbitragem*, Almedina, 2017.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO PINTO; SILVA, ARTUR FLAMÍNIO DA; DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO PINTO; MACEDO JOANA, “Some first steps on the difficult road to a coherent class or collective arbitration regime in Europe? Portugal’s upcoming shareholder dispute regime”, in *X Congresso do CAC*, Almedina, 2017, pp. 81-101.
- MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, 1989.
- MOREIRA, JOÃO ILHÃO, “O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no fórum de execução por violação da ordem pública”, in *O Direito*, Ano 147, I, Almedina, 2015, pp. 187-204.
- MOSS, GIUDITTA CORDERO, “Form of Arbitration Agreements: Current Developments within UNCITRAL and the Writing Requirement of the New York Convention”, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 18, N.º 2, 2007, pp. 51-63.
- MOTULSKY, HENRI, Note sous Trib. Civ. Seine, 7 juin 1956, in *Écrits – Études et notes sur l’arbitrage*, Préface de Berthold Goldman et Philippe Fouchard, t. 2, Dalloz, 1974, pp. 231-235.
- MOTULSKY, HENRI, Note sous Cass. 1re civ. 7 mai 1963, *Gosset, Revue Critique de Droit International*, 1963, pp. 617-626.

- MOTULSKY, HENRI, “Menace sur l’arbitrage: la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l’existence ou la validité d’une clause compromissoire”, in *Écrits – Études et notes sur l’arbitrage*, Préface de Berthold Goldman et Philippe Fouchard, t. 2, Dalloz, 1974, pp. 189-207.
- MOTULSKY, HENRI, “Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale”, in *Écrits – Études et notes sur l’arbitrage*, Préface de Berthold Goldman et Philippe Fouchard, t. 2, Dalloz, 1974, pp. 208-221.
- MOTULSKY, HENRI, *Écrits – Étude et notes sur l’arbitrage*, Dalloz, 2010.
- MOULDI, BESMA ARFAOUI BEN, *L’interprétation arbitrale du contrat de commerce international*, Université de Limoges, 2008.
- MOURRE, ALEXIS, “Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator”, *Arbitration International*, Kluwer, Vol. 22, n.º 1, 2006, pp. 95-118.
- MOURRE, ALEXIS; PEDONE, PRISCILLE, “Sommaires de jurisprudence française”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Vol. IV, Alexis Mourre (Dir.), Éditions A. Pedone, 2008, pp. 543-647.
- MOYANO, JUAN PABLO, « Impecuniosity and the courts approach to the validity of the arbitration agreement », in Max Scherer (ed.), *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2017, Vol. 34, N.º 4, pp. 631-652.
- MÜLLER, CHRISTOPH, “Article 178 PILS”, in *Arbitration in Switzerland – The Practitioner’s Guide*, Manuel Arroyo (ed.), Kluwer, 2013, pp. 55-74.
- MÜLLER, SEBASTIAN D., “Interpretation of arbitral agreements by German courts”, in *European International Arbitration Review*, Vol. 1:1, pp. 119-125.
- MUNHOZ, EDUARDO, “Arbitragem e grupos de sociedades”, in *Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (Org.), Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da lei n.º 9.307/1996*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 149-178.
- MUSTILL, M. J.; BOYD, ST. C., *Commercial Arbitration*, Butterworths, 1989.
- NABAIS, JOSÉ CASALTA, “Reflexões sobre a introdução da arbitragem tributária”, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, pp. 751-778.
- NÁPOLES, PEDRO METELLO DE, «Efeitos da insolvência na convenção de arbitragem. Insuficiência económica das partes em processo arbitral», in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções*, Almedina, 2012, pp. 139-158.
- NASCIMENTO, CARLOS MANUEL DO, *Estudos sobre dívida pública e Regulação bancária em Angola*, Angolanae Dissertationes, 2017.

- NERY, ANA LUIZA BARRETO DE ANDRADE FERNANDES, *Class Arbitration: Instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual*, São Paulo, 2015.
- NETO, SERENA CABRITA; CASTILHO, LUÍS, “Anotação ao Acórdão ‘Ascendi’”, in *100 anos de Arbitragem – Os casos essenciais comentados*, Coimbra Editora, 2015, pp. 355-368.
- NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, proferidas ao curso do 1º ano jurídico de 1968-69, Coimbra, 1968-69.
- NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, “A Unidade do Sistema Jurídico: O seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, II, Iuridica, Coimbra, 1979, pp. 73-184.
- NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 2.º, Coimbra Editora, 1995.
- NIANG, ABOUBAKRY, *Le favor arbitrandum – Étude critique de droit comparé*, Université du Havre, 2017.
- NIBOYET, MARIE-LAURE, “La transmission automatique de la clause d’arbitrage: ultime conséquence du principe de l’autonomie de l’accord compromissaire?”, in *Les Cahiers de l’Arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Vol. II, Gazette du Palais, Édition Juillet 2004, pp. 72-73.
- NOGUEIRA, JOSÉ ARTUR DUARTE, “Arbitragem na história do Direito português (Subsídios)”, in *Revista Jurídica*, 20, 1996, pp. 20-35.
- NORD, NICOLAS, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Thèse de doctorat en droit, Strasbourg, 2003.
- NOUGEIN; REINHARD; ANCEL; RIVIER; BOYER; GENIN, *Guide Pratique de l’Arbitrage et de la Médiation Commerciale*, Éditions du JurisClasseur, 2004.
- NUNES, PEDRO CAETANO, “Anotação ao caso *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*”, in *100 anos de Arbitragem – Os casos Essenciais comentados*, Coimbra Editora, 2015, pp. 113-121.
- NUYTS, ARNAUD, *L’exception de forum non conveniens*, Bruylant Bruxelles, 2003.
- OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, *Arbitragem de litígios com entes públicos*, Almedina, 2007.

- OLIVEIRA, ELSA DIAS, *Da responsabilidade civil extra-contratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, Almedina, 2011.
- OLIVEIRA, ELSA DIAS, “Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2012, pp. 73-97.
- OLIVEIRA, LUÍS PEDROSO DE LIMA CABRAL DE, “Arbitragem em direito público: tentativa de aproximação histórica ao caso português”, in *Arbitragem e Direito público*, AAFDL Editora, 2015, p. 38.
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE; PEREIRA, FREDERICO GONÇALVES; OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE; PROENÇA, ANDRÉ; FRANCO, JOÃO SOARES; NEVES, JOANA; CARDOSO, ANTÓNIO DE MAGALHÃES; PINHEIRO, PAULO; BRANCO, SOFIA RIBEIRO, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, 2014.
- OLIVEIRA MAZZUOLI, VALERIO DE; ALONSO MASSA, DIEGO LUIS, “Should BIT dispute resolution clauses be treated as agreements between Investor and Host State”, in *Asian International Arbitration Journal*, Kluwer Law International, 2015, Vol. 11, N.º 1, pp. 69-92.
- OPPETIT, BRUNO, “Arbitrage et contrats d’Etat – L’arbitrage *Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran*”, in *Journal de Droit International*, 1984, pp. 37-80.
- OPPETIT, BRUNO, note sous Cass. 1re civ., 4 juillet 1972, in *Journal de Droit International*, 1972, Ano 99, pp. 844-846.
- OTERO, PAULO, “Arbitragem interna de litígios de Direito público: a publicização da arbitragem interna de direito privado”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 5, Almedina, 2012, pp. 179-193.
- PACLOT, YANN, Note sous Cass. 2e Ch. Civ, Paris 1re Ch. C., Paris 1re Ch. C., in *Revue de l’arbitrage*, N.º 1, 1994, pp. 100-107.
- PAGE, HENRI DE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Tome I, E. Bruylant, 1962.
- PANOU, CHRYSOULA, *Le consentement à l’arbitrage – Étude méthodologique du droit international privé de l’arbitrage*, IRJS Editions, 2011.
- PAPADATOU, DAPHNÉ, “L’arbitrage byzantin”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 3, 2000, pp. 349-376.
- PARK, WILLIAM W., “Non-Signatories and International Arbitration”, in *The leading arbitrators’ guide to International Arbitration*, Third Edition, Laurence W. Newman; Richard D. Hill (Editors), Jurisnet, LLC, 2014, p. 707-754.

- PARRA, ANTONIO R., *The history of ICSID*, Oxford University Press, 2012.
- PAULSSON, JAN, “May state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration? Reflections on the Bentler v. Belgium preliminary award”, *International Law Journal*, 1986, 2, pp. 91 e ss..
- PAULSSON, JAN, “L’exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain”, in *Revue de l’arbitrage*, 1998, N.º 4, pp. 637-652.
- PAULSSON, JAN, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013.
- PAULSSON, MARIKE R. P., *The 1958 New York Convention in action*, Kluwer Law International, 2016.
- PEDRO, RICARDO, “Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público”, in *Arbitragem e Direito público*, AAFDL, 2015, p. 99.
- PEDROSO, JOÃO; CRUZ, CRISTINA, *A arbitragem institucional: um novo modelo de administração da justiça – o caso dos conflitos de consumo*, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2000.
- PENA, NUNO, “Reflexões sobre o regime da *impecuniosidade* nos sistemas de *Common Law* e em Portugal”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XI, Almedina, 2018, pp. 107-140.
- PERALES VISCASILLAS, PILAR, “La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo”, in *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y Inversiones*, Vol. IV, n.º 3, 2011, pp. 667-704.
- PERALES VISCASILLAS, PILAR, “Sobre la posible retroacción del laudo anulado y la dispar jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia”, in *Spain Arbitration Review*, N.º 25, Club Español del Arbitraje, 2016, pp. 125-129.
- PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS, “Da arbitragem necessária de litígios entre patentes e medicamentos genéricos no Direito português”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XCII, Universidade de Coimbra, tomo II, pp. 827-848.
- PEREIRA, ANTÓNIO PINTO, *Princípios Gerais de Direito*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2013.
- PEREIRA, CÉSAR; QUINTÃO, LUÍSA, “Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros anulados: una perspectiva”, in *Spain Arbitration Review*, 2016, Issue 27, pp. 51-70.

- PEREIRA, FERNANDA DA SILVA, *Arbitragem Voluntária Nacional – Impugnação de sentenças arbitrais: o tortuoso e longo caminho a percorrer*, Livraria Petrony, 2009.
- PERELMAN, CHAÏM, *Méthodes du droit – Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, 2e éd., Dalloz, 1979.
- PERLINGIERI, PIETRO, *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Trad. Maria Cristina de Cicco, Renovar, 1994.
- PESSOA, LAURA SCALLDAFERRI, “Os princípios gerais do Direito na integração das normas”, in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, N.º 20, Out/Nov/Dez. 2009, pp. 1-18.
- PHILIPPE, DENIS, “Modernisation of the Belgian law on arbitration”, in *DAOR*, pp. 2014, Liv. 109, pp. 6-20.
- PICHONNAZ, PASCAL, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ/Schulthess, 2008.
- PIERS, MAUD, “Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter II: Article 1681”, in Niuscha Bassiri and Maarten Draye (eds), *Arbitration in Belgium*, Kluwer Law International, 2016, pp. 79-88.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *Contrato de empreendimento comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, 2003.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, “Convenção de arbitragem (aspectos internos e internacionais)”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, N.º 64, 2004, pp. 125-200.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2005.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *Arbitragem Transnacional – A determinação do estatuto da arbitragem*, Almedina, 2005.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, “Incoterms – Introdução e Traços fundamentais”, in *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2006, pp. 315-333.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, “The confluence of transnational rules and national directives as the legal framework of transnational arbitration”, in *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2006, pp. 335-390.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, “O Direito autónomo do comércio internacional em transição: a adolescência de uma nova *lex mercatoria*”, in *Estudos de Direito*

- Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2006, pp. 391-439.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, “O Direito autónomo do comércio internacional em transição: a adolescência de uma nova *lex mercatoria*”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 847-886.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, “Recurso e anulação da decisão arbitral: admissibilidade, fundamentos e consequências”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, 2008, pp. 181-195.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, “A arbitragem CIRDI e o regime dos Contratos de Estado”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 1, 2008, 75-105.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, “Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 5, 2012, pp. 121-148.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *Direito Internacional Privado*, Vol. III, 2ª. Ed., Almedina, Coimbra, 2012.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, “A corrupção nos contratos comerciais internacionais – Uma perspectiva de direito material e de Direito Internacional Privado”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano XI, Coimbra Editora, 2014, pp. 179-206.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, “O reconhecimento de decisões arbitrais ‘estrangeiras’ ao abrigo da Convenção de Nova Iorque – Perspectiva actual”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, pp. 665-700.
- PINSOLLE, PHILIPPE, “L’ordre juridique arbitral et la qualification de la sentence arbitrale de décision de justice internationale à propos de l’arrêt Putrabali du 29 Juin 2007”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Editions A. Pedone, 2008, pp. 110-118.
- PINSOLLE, PHILIPPE, “La renonciation au recours en annulation en matière d’arbitrage international”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDG, Lextenso Éditions, 2015, pp. 697-710.
- PINTO, CARLOS ALBERTO MOTA, *Cessão da posição contratual*, Coimbra, 1970.

- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005.
- PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ, *História do Direito Comum da Humanidade – Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?*”, Vol. I, Tomo I, AAFDL, Lisboa, 2003.
- PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ, *História do Direito Comum da Humanidade – Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?*”, Vol. I, Tomo II, AAFDL, Lisboa, 2006.
- PINTO, HENRIQUE ALVES, “Princípios Nucleares do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e Sua Extensão como Princípio Constitucional”, in *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 236, Abr/Jun. 2004, pp. 83-109.
- PINTO, PAULO MOTA, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008.
- PINTO, PAULO MOTA, “Transmissão da convenção de arbitragem”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, pp. 865-895.
- PINTO, RUI, *Notas ao Código de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2014.
- PINTO, ZÉLIA MARIA LEAL, *Um alternativo caminho na justiça: a arbitragem voluntária e a impugnação da sentença arbitral*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012.
- PIRES, CATARINA MONTEIRO; DIAS, RUI PEREIRA, “Arbitragem internacional e autonomia privada: Primeiras reflexões”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, pp. 233-252.
- PISSOORT, WILLIAM; SAERENS, PATRICK, *Initiation au droit commercial international*, De Boeck, 2004.
- PLANIOL, MARCEL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, LGDJ, 1948, p. 70.
- PLANIOL; RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil français*, t. VI, 1re partie (Les obligations), Paris, 1930.
- POLO, AREGBA, “L’OHADA: Histoire, Objectifs, Structures”, in *L’OHADA et les perspectives de l’arbitrage en Afrique*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 9-42.

- PORTOCARRERO, MARTA, *Contratos sobre o exercício de poderes públicos, Transação e Arbitragem – Ensaio sobre disponibilidade e indisponibilidade do poder administrativo*, Universidade Católica Editora Porto, 2015.
- POUDRET, J.-F., “La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l’art. 6 sur le Concordat sur l’arbitrage”, in *Mélange Guy Flattet*, B. Dutoit; J. Hofstetter et P. Piotet (eds.), Payot, Lausanne, 1985, pp. 523-538.
- POUDRET, JEAN-FRANÇOIS; BESSON, SÉBASTIEN, *Droit comparé de l’arbitrage international*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2002.
- POUDRET, JEAN-FRANÇOIS; BESSON, SÉBASTIEN, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd Edition, Stephen V. Berti e Annette Ponti (Trans.), Thomson, Sweet & Maxwell, 2007.
- POUGOUÉ, PAUL-GÉRARD, *Droit de l’arbitrage dans l’espace OHADA*, Presses Universitaires d’Afrique, 2000.
- PRATA, ANA, *Dicionário jurídico*, 5^a edição, Almedina, 2010.
- PRATA, ANA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, 2017.
- PROL, FRANCISCO, “La responsabilidad de las instituciones de arbitraje (especial referencia a la ‘impecuniosity’)”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XI, Almedina, 2018, pp. 37-63.
- PUIGARNAU, JAIME M. MANS, *Lógica para Juristas*, Bosch, 1978.
- PUNZI, CARMINE, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, Tomo Primo, Cedam, 2000.
- PUNZI, CARMINE, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, Tomo Secondo, Cedam, 2012.
- QUADROS, FAUSTO DE, “Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 7, Almedina, 2014, pp. 7-14.
- QUADROS, FAUSTO DE, *A protecção da propriedade privada pelo direito internacional público*, Almedina, 2017.
- QUEIROZ, CRISTINA, “A interpretação jurídica”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Vol. I, Coimbra Editora, 2006, pp. 268-269.
- RACINE, JEAN-BAPTISTE, *L’arbitrage commercial international et l’ordre public*, préf. Ph. Fouchard, LGDJ, 1999.
- RACINE, JEAN-BAPTISTE, *Droit de l’arbitrage*, PUF, 2016.
- RADBRUCK, GUSTAV, *Filosofia do direito*, Trad. Prof. L. Cabral de Moncada, 6^a ed., Arménio Amado – Editor, Sucessor – Coimbra, 1979.

- RAESCHKE-KESSLER, HILMAR, “Chapter 20 – Germany”, in *The International Arbitration Review*, 6th edition, Law Business Research, 2015, pp. 258-273.
- RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Do fundamento do poder disciplinar laboral*, Almedina, Coimbra, 1993.
- RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Direito do Trabalho*, Parte II, Almedina, 2006.
- RAMIÃO, RÚBEN, “A teoria das lacunas e a Constituição”, in *O Direito*, Ano 146, II, 2014, pp. 469-512.
- RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, “A critical analysis on Robert Alexy's theory of legal principles”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisbon Law Editions, 2015, in p. 181-195.
- RAMOS, RUI MANUEL MOURA, *Da Lei aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Almedina, 1990.
- RAMOS, RUI MANUEL MOURA, “L’ordre public international en droit portugais”, in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra Editora, 2002, pp. 245-262.
- RAMOS, RUI MANUEL MOURA, “O novo Direito português da arbitragem”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, pp. 567-611.
- RAOUF, MOHAMED ABDEL, “How should international arbitrators tackle corruption issues?”, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2010, pp. 1-16.
- RAPOSO, MÁRIO, “Equidade, Composição amigável e *Lex Mercatoria*”, in *Estudos sobre arbitragem comercial e Direito marítimo*, Almedina, 2006, pp. 51-67.
- RAU, ALAN SCOTT; PÉDAMON, CATHÉRINE, “La contractualisation de l’arbitrage: le modele américain”, in *Revue de l’arbitrage*, N.º 3, 2001, pp. 451-483.
- RAVILLON, LAURENCE, “¿Qué queda del concepto de inarbitrabilidad?”, in *El orden público y el arbitraje*, Éric Loquin; Sébastien Manciaux (Dir.), Editorial Universidad del Rosario, 2016, pp. 57-78.
- REALE, MIGUEL, *Lições Preliminares de Direito*, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973.
- REDFERN, ALAN; HUNTER, MARTIN, *Droit et pratique de l’arbitrage commercial international*, 2e édition, LGDJ, 1994.

- REDFERN, ALAN; HUNTER, MARTIN, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (with Nigel Blackaby and Constantine Partasides), Fourth Edition, Thomson, 2004.
- REI, MARIA RAQUEL ALEIXO ANTUNES, “Da expectativa jurídica”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 54, I, Abril 1994, pp. 149-180.
- REISMAN, W. MICHAEL, “Supervisory Jurisdiction of the ICJ”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 23-393.
- REISMAN, W. MICHAEL; CRAIG, W. LAURENCE; PARK, WILLIAM; PAULSSON, JAN, *International Commercial Arbitration – cases, materials and notes on the resolution of international business disputes*, University casebook séries, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1997.
- RESPONDEK, ANDREAS, “Arbitration in Germany”, in *The American Review of International Arbitration*, Columbia Law School, 2014, Vol. 25, N.º 2, pp. 289-296.
- REYMOND, CLAUDE, “La nouvelle loi suisse et le droit compare”, in *Revue de l'arbitrage*, 1989, spéc. 385-414.
- REYMOND, CLAUDE, “La clause arbitrale par référence”, in *Rec. Travaux Suisses sur l'arbitrage international*, pp. 85-98.
- REYNTJENS, FILIP, *Introduction aux droits africains*, 2e édition, ULB, 1996/97.
- RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, “Desconsideração da personalidade jurídica e ‘descapitalização’ da sociedade”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Julho-Dez. 2011, Almedina, 2012, pp. 173-211.
- RICHA, MORGANA DE ALMEIDA, “Dos Princípios aos Princípios gerais do Direito: Aspectos Relevantes”, in *Rev. TRT, 9ª R. Curitiba*, a. 38, n. 70, Jan/Dez. 2013, pp. 127 e ss..
- RICÓN CÁDERNAS, ERICK, *Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet*, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006.
- RIPERT, GEORGES; BOULANGER, JEAN, *Traité de Droit Civil*, Paris, LGDJ, 1956.
- ROBERT, JEAN, “La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales”, in *Recueil Dalloz*, chronique, 1958, pp. 227 e ss..

- ROBERT, JEAN, “La Convention Européenne sur l’arbitrage comercial international signée à Genève le 21 avril 1961, in *Recueil Dalloz*, chronique, 1961, pp. 181 e ss..
- ROBERT, JEAN, “Une date dans l’extension de l’arbitrage international: l’arrêt Mitsubishi c/ Soler – Cour Suprême des États-Unis, 2 juillet 1985”, in *Revue de l’arbitrage*, 1986, pp. 173-190.
- ROBLES MORCHON, GREGORIO, *La Cour de Justice des Communautés Européennes et les Principes Généraux du Droit*, EU I Working Paper No. 88/350, European University Institute, Florence, 1988.
- ROCHA, CAIO CESAR VIEIRA, *Limites do controle Judicial sobre a Jurisdição arbitral no Brasil*, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012.
- ROCHA, CAIO CESAR VIEIRA, “Preliminar de arbitragem no Código de Processo Civil brasileiro (Lei n.º 13.105, de 2015)”, in *RJLB*, Ano 3, 2017, pp. 299-331.
- RODLER, IRMGARD ANNA, *When are non-signatories bound by the Arbitration Agreement in International Commercial Arbitration?*, University of Chile/Universität of Heidelberg, 2012.
- RODRIGUES ANSELMO, “A possibilidade da arbitragem tributária”, in *A Arbitragem em direito tributário*, I Conferência AIBAT-IDEFF, Diogo leite Campos; Eduardo Paz Ferreira (Org.), Almedina, 2010, pp. 25-34.
- RODRIGUES, RAÚL CARLOS DE FREITAS, *O Consumidor no Direito angolano*, Almedina, 2009.
- RODRIGUES, MARIA AUXILIADORA, *Integração analógica*, Relatório de Filosofia do Direito, Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.
- RODRIGUES, RICARDO A. CARDOSO, “As fontes da nova *lex mercatoria*: vias e reflexões”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, N.º 83, Setembro de 2015, pp. 71-127.
- ROEBUCK, DEREK, *Ancient Greek Arbitration*, Oxford, 2001.
- ROMAIN, JEAN-FRANÇOIS, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant-Bruxelles, 2000.
- ROMÃO, FILIPE, “Arbitragem tributária – Uma análise breve da autorização legislativa para introdução da arbitragem tributária constante da proposta da lei 9/XI/1ª A (OE 2010)”, in *A Arbitragem em direito tributário*, I Conferência AIBAT-IDEFF, Diogo leite Campos; Eduardo Paz Ferreira (Org.), Almedina, 2010, pp. 45-61.

- ROMANO, SANTI, *L'ordre juridique*, Trad. de Lucien François e Pierre Gothot, Dalloz, Paris, 1975.
- ROMERO, EDUARDO SILVA, « Quelques brèves observations du point de vue de la Cour Internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale », in *Le Contentieux Arbitral Transnational Relatif à l'Investissement*, Anthemis, 2006, pp. 331-343.
- RUBINO-SAMMARTANO, MAURO, *Il Diritto dell'Arbitrato*, terza edizione, Cedam, 2002.
- RUBINO-SAMMARTANO, MAURO, *International Arbitration – Law and Practice*, Third Edition, Juris, 2014.
- RUBINO-SAMMARTANO, MAURO, “El arbitraje y el orden público”, in *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Kluwer Law International, IproLex, 2016, Vol. 9, Issue 2, pp. 459-463.
- SÁ, EDUARDO ALVES DE, *Commentário ao Código do Processo Civil Portuguez*, Vol. 2, Lisboa, 1878.
- SACHS, KLAUS, “La protection de la partie faible en arbitrage”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Vol. IV, Éditions A. Pedone, 2008, pp. 72-78.
- SAINT-MARC, VALÉRY DENOIX DE, “Panorama de jurisprudence allemande”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Vol. II, Alexis Mourre (Dir.), Gazette du Palais – Édition Juillet 2004, pp. 377-383.
- SAINT-MARC, VALÉRY DENOIX DE, “Panorama de jurisprudence allemande”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Vol. III, Alexis Mourre (Dir.), Gazette du Palais – Édition Juillet 2006, pp. 436-446.
- SAINT-MARC, VALÉRY DENOIX DE, “Panorama de jurisprudence allemande”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, Vol. IV, Alexis Mourre (Dir.), Éditions A. Pedone 2008, pp. 703-711.
- SALDANHA, NELSON, *Filosofia do Direito*, Renovar, 1998.
- SAMUEL, ADAM, “Arbitration clauses incorporated by general reference and formal validity under article II (2) of the New York Convention”, in *Études Jean-François Poudret*, pp. 505-518.
- SAMUEL, ADAM, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Schulthess, 1989.

- SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO A., «Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales : una aproximación comparada », in *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (AHLADI)*, Vol. 23 (2017-2018), Madrid, 2017, pp. 199-221.
- SANDERS, PIETER, “Vingt années de la Convention de New York”, *Droit et Pratique du Commerce International*, Vol. 5, 1979, pp. 359 e ss..
- SANDROCK, OTTO, “Arbitration Agreements and Groups of Companies”, in *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt a.M., 1993, pp. 625 e ss..
- SANTOS, ANTÓNIO MARQUES DOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma teoria geral*, Vol. I, Almedina, Almedina, Coimbra, 1991.
- SANTOS, CAROLINE DOS, “The RFC Seraing’s saga goes on: arbitration clause contained in FIFA’s statutes held invalid under Belgian law”, in *ASA Bulletin*, Vol. 36, N.º 4, 2018, pp. 922-926.
- SANTOS, HUGO LUÍS DOS, “A competência da competência arbitral e a convenção de arbitragem em Portugal e na Região Administrativa Especial de Macau: algumas notas à luz do Direito comparado”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XI, Almedina, 2018, pp. 143-161.
- SANTOS, TÂNIA VANESSA ZARCO DE OLIVEIRA DOS, *A arbitrabilidade das Questões societárias: a impugnação das deliberações sociais*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2012.
- SCALBERT, H.; MARVILLE, L., “Les clauses compromissoires pathologiques”, in *Revue de l’arbitrage*, 1988, pp. 117-135.
- SCALETSCKY, FERNANDA, “A teoria dos grupos societários e a extensão da cláusula compromissória a Partes Não signatárias”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2015, Vol. XII, Issue 46, pp. 20-47.
- SCALLDAFERRI, LAURA, “Os Princípios gerais do Direito na integração das normas”, in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, N.º 20, Out/Nov/Dez. 2009, pp. 14 e ss..
- SCHERER, MATTHIAS, “Note – Tribunal cantonal, Neuchâtel, 23 février 1999, in *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, 2000, Volume 18, Issue 2, pp. 350-358.
- SCHERER, MATTHIAS, “Circumstantial evidence in corruption before international tribunals”, in *International Arbitration Law Review*, Issue 2, London, 2002, pp. 29-36.

- SCHILD, WOLFGANG, *Die Reinen Rechtslehren – Gedanken zu Hans Kelsen und Robert Walter*, Wien, 1975.
- SCHILF, SVEN, *Os princípios UNIDROIT, o conceito do direito e a arbitragem internacional*, Marcial Pons, 2015.
- SCHLOSSER, PETER, *Das Recht der internationalen privaten Scheidsgerechtbarkeit*, Tübingen, 1975.
- SCHLOSSER, PETER, “German Arbitration Law and the UNCITRAL Model Law”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2010, pp. 117-136.
- SCHÖLL, MICHAEL, “Arbitrage et droit privé européen – critique d’une incursion”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexis Moure (Dir.), Vol. IV, Éditions A. Pedone, 2008, pp. 160-166.
- SCHULTZ, ALEXANDRE BUONO, “A ordem pública na Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. X, Issue 38, pp. 65-95.
- SCHWAB; WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit – Kommentar*, 6., neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000.
- SCHWARTZ, ROBERT ALEXANDER, “Can arbitration do more for consumers? The TILA Class Action reconsidered”, in *New York University Law Review*, Vol. 78, N.º 2, KeyCite, Thomson West, 2003, pp. 809-844.
- SCHWARZENBERGER, GEORG, 1, *International Law* 430 (1945).
- SCHWEBEL, STEPHEN, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Grotius, 1987.
- SÉLIM, ISMAIL, *L’ordre public international in favorem arbitrandum*, Editions Universitaires Européennes, 2012.
- SEMEDO, JOSÉ ANTÓNIO LOPES, “A arbitragem voluntária em Angola: Quadro normativo e perspectivas”, in *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, 2009, pp. 13-28.
- SERAGLINI, CHRISTOPHE; ORTSCHIEDT, JÉRÔME, *Droit de l’arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013.
- SILANCE, LUC, “Un moyen de combler les lacunes en Droit: L’induction amplifiante”, in *Logique et Analyse*, Vol. 10, N.º 37, 1967, p. 132.

- SILVA, ANA LICKFORD NOVAES; LUCAS, JOSÉ MIGUEL; SOUSA, PIEDADE CASTRO E, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, 2014.
- SILVA, ARTUR FLAMÍNIO DA, “O novo regime jurídico da resolução de conflitos desportivos no direito administrativo: sobre a arbitragem necessária e a mediação do tribunal arbitral do desporto”, in *Arbitragem e direito público*, Carla Amado Gomes *et al.* (Coord.), AAFDL Editora, 2015, pp. 395-413.
- SILVA, ARTUR FLAMÍNIO DA, *A resolução de conflitos desportivos em Portugal – Entre o Direito público e o Direito privado*, Almedina, 2017.
- SILVA, ARTUR FLAMÍNIO DA; MIRANTE, DANIELA, *O regime jurídico do Tribunal arbitral do Desporto – anotado e comentado*, Petrony Editora, 2016.
- SILVA, CARLOS ALBERTO B. BURITY DA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª Edição revista e actualizada, Luanda, 2014.
- SILVA, JOÃO CALVÃO DA, “Convenção de arbitragem. Algumas notas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Menezes Cordeiro; Luís M. Leitão; Januário da Costa Gomes (Coords.), Almedina, 2007, pp. 533-583.
- SILVA, LÚCIA MARIA RODRIGUES DA, *Uma leitura da efectividade da tutela jurisdicional administrativa face ao princípio do contraditório e à oralidade*, FDL, 2004.
- SILVA, PAULA COSTA E, “Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no Direito interno português”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 56, Janeiro de 1996, Vol. I, pp. 179-207.
- SILVA, PAULA COSTA E, *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, 2009.
- SILVA, PAULA COSTA E, “Arbitrabilidade e tutela colectiva no contencioso das deliberações sociais”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. IV, Almedina, 2011, p. 357-391.
- SILVA, PAULA COSTA E, “A arbitrabilidade da pretensão anulatória de decisão arbitral: expansão da arbitragem a um domínio improvável?”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, Jan-Jun. 2015, pp. 39-53.
- SILVA, PAULA COSTA E, “*Hot topics* nas especificidades processuais da arbitragem societária: disponibilidade do direito de nomeação de árbitro e objetivização do contraditório”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 10, Almedina, 2017, pp. 16-31.

- SILVA, PAULA COSTA E, “Corrupção, ordem pública e decisão arbitral: A propósito do caso Alstrom”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, pp. 841-850.
- SITO, DANIEL A., “‘Integral’ Decision making: Judicial Interpretation of Predispute Arbitration Agreements Naming the National Arbitration Forum”, in *The University of Chicago Law Review*, 81:1991, 2014, pp. 1991-2038.
- SLATER, MATTHEW D., “On annuled arbitral awards and the death of Chromalloy”, in *Arbitration International*, Vol. 25, N.º 2, Kluwer Law International, 2009, pp. 271-292.
- SOARES, JOÃO LUZ, “Autonomia privada e liberdade contratual: a função social do contrato a propósito dos 50 anos do Código Civil Português”, in *Vida Judiciária*, 196, Jul-Ago, 2016, pp. 30-31.
- SOUSA, ILEIDE SAMPAIO DE, “Jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores: características, diferenças, críticas e contributos à teoria dos direitos fundamentais”, in *Direito e Democracia*, Vol. 11, n.º 2, Jul/Dez., Canoas, 2010, pp. 189-197.
- SOUSA, JORGE LOPES DE, “Comentário ao regime jurídico da arbitragem tributária”, in *Guia da Arbitragem tributária*, Nuno Villa-Lobos; Mónica Brito Vieira (Coord.), Almedina, pp. 95-240.
- SOUSA, MARCELO REBELO DE; GALVÃO, SOFIA, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª Edição, Lex, Lisboa, 2000.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “A incompatibilidade das *anti-suit injunctions* com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 – Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 10/2/2009 (C-185/07, Allianz e generali v. West Tankers)”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2009, pp. 191-204.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “A Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 5, Almedina, 2012, pp. 149-177.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “Positivismo e valores”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. VI, Coimbra Editora, 2012, pp. 403-414.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Introdução ao Direito*, Almedina, 2016.
- STEINGRUBER, ANDREA MARCO, *Notion, Nature and extent of consent in Internatio-*

- nal Arbitration*, Queen Mary University of London, 2009.
- STEINGRUBER, ANDREA MARCO, *Consent in International Arbitration*, Oxford, 2012.
- STERN, BRIGITTE, “La place du CIRDI dans le Contentieux de l’Investissement International”, in *Le Contentieux Arbitral Transnational Relatif à l’Investissement*, Anthemis, 2006, pp. 347-352.
- SUTTON, DAVID ST. JOHN; GILL, JUDITH, *Russell on Arbitration*, 22nd edition, Sweet & Maxwell Limited, 2003.
- TAMPIERI, TIZIANA, “La nouvelle loi italienne de réforme de l’arbitrage”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Editions A. Pedone, 2008, pp. 200-205.
- TAPIA, LUIS ENRIQUE GRAHAM, “La cláusula arbitral”, in *Manual de arbitraje comercial*, Cecilia Azar M. (Compiladora), Editorial Porrúa, 2004, pp. 55-72.
- TAPIA, LUIS ENRIQUE GRAHAM, *El arbitraje comercial*, Themis, 2000.
- TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, “Expectativa jurídica (Algumas notas)”, in *O Direito*, Ano XC, Coimbra, 1958, pp. 2-6.
- TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, I, Coimbra Editora 1999.
- TERRÉ, FRANÇOIS, *Introduction générale au droit*, 4e édition, Dalloz, 1998.
- TIBURCIO, CARMEN, “Arbitragem no Brasil: Panorama dos últimos 15 anos”, in *Arbitragem – Temas Contemporâneos*, Quartier Latin, 2012, pp. 75-101.
- TISSEYRE, SANDRINE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, PUAM, 2012.
- TOWNSEND, JOHN M., “The New Bahrain Arbitration Law and the Bahrain ‘Free Arbitration Zone’”, in *ICDR Awards and Commentaries*, Grant Hanessian; Jacob M. Kaplan (Eds.), Juris, 2012, pp. 85-96.
- TRAIN, FRANÇOIS-XAVIER, *Les contrats liés devant l’arbitre du commerce international*, LGDJ, 2003.
- TRAIN, FRANÇOIS-XAVIER, “L’arbitrage à l’épreuve des procédures pénales, Paris, 23 novembre 2018: Introduction”, in *Revue de l’Arbitrage*, N.º 1, 2019, pp. 3-20.
- TRABUCO, CLÁUDIA; GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, “A arbitrabilidade das questões de concorrência no Direito português: *The meeting of two black arts*”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, Almedina, 2011, pp. 443-496.
- TRITTMANN, ROLF; HANEFELD, INKA, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter

- II: Arbitration Agreement, § 1029 – Definition”, in Patricia Nacimiento, Stefan Michael Kroll, *et al.* (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, pp. 79-93.
- TRITTMANN, ROLF; HANEFELD, INKA, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability”, in Patricia Nacimiento, Stefan Michael Kroll, *et al.* (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, pp. 94-104.
- TRITTMANN, ROLF; HANEFELD, INKA, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1031 – Form of Arbitration Agreement”, in Patricia Nacimiento, Stefan Michael Kroll, *et al.* (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, pp. 105-115.
- TWEEDDALE, ANDREW; TWEEDDALE, KEREN, *Arbitration of Commercial Disputes – International and English Law Practice*, Oxford, 2010.
- TZENG, PETER, “Favoring validity: The hidden choice of law rule for arbitration agreements”, in *The American Review of International Arbitration*, Vol. 27, 2016, pp. 327-358.
- VALE, SOFIA, “A Arbitragem societária no Direito angolano”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, N.º 4, Centro de Documentação e Informação, Luanda, 2013, pp. 217-262.
- VALLE, MARTIM DELLA, *Arbitragem e Equidade – Uma abordagem internacional*, Editora Atlas, 2012.
- VAN DEN BERG, ALBERT JAN, *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law International, La Haye, 1981.
- VAN DEN BERG, ALBERT JAN, “Some practical questions concerning the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, in *Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law*; new York, 1995, pp. 212-220.

- VAN DEN BERG, ALBERT JAN, “Enforcement of Annuled awards?”, in *The ICC International Court of Arbitration, Bulletin*, Vol. 9, N.º 2, Nov. 1998, pp. 15-21.
- VAN DEN BERG, ALBERT JAN, “Exécution d’une sentence arbitral en dépit de son annulation?”, in *Bulletin de la Cour internationale d’arbitrage de la CCI*, Vol. 9, N.º 2, novembre 1998, pp. 20 e ss..
- VAN DEN BERG, ALBERT JAN, “The New York Convention of 1958: An Overview”, in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in practice* (Emmanuel Gaillard & Domenico Di Pietro, Eds), 2008, pp. 39-68.
- VAN DEN BERG, ALBERT JAN, “Should the setting aside of the arbitral award be abolished?”, in *ICSID Review*, 2014, pp. 1-26.
- VAN OMMESLAGHE, PIERRE, *Droit des obligations*, I, Bruylant, 2010.
- VÁRADY, TIBOR; BARCELÓ, III JOHN J.; VON MEHREN, ARTHUR T. THON, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, Fifth Edition, West, 2012
- VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em geral*, vol. II, 7ª edição, Almedina, 2006.
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Contratos atípicos*, 2ª Ed., Almedina, 2009.
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª Edição, Almedina, 2015.
- VECCHIO, GEORGIO DEL, *Les Principes Généraux du Droit*, LGDJ, 1925.
- VECCHIO, GEORGIO DEL, *Los Principios Generales del Derecho*, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1979.
- VEIGA, ANTÓNIO JORGE DA MOTTA, *Lições de Direito do Trabalho*, 4ª Ed., Universidade Lusíada, Lisboa, 1992.
- VEIGA, ANTÓNIO JORGE DA MOTTA, *Lições de Direito do Trabalho*, 8ª edição revista e actualizada, Universidade Lusíada, Lisboa , 2000.
- VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, JULIE, “L’arbitrage dans la Grèce antique – Époques archaïque et classique”, in *Revue de l’arbitrage*, 2000, N.º 1, pp. 9-26.
- VENTURA, RAÚL, “Convenção de arbitragem e cláusulas contratuais gerais”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Lisboa, 1986, pp. 5-48.
- VENTURA, RAÚL, “Convenção de arbitragem”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Lisboa, 1986, pp. 289-413.

- VERBRUGGEN, CAROLINE, “Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter II: Article 1681”, in Niuscha Bassiri and Maarten Draye (eds), *Arbitration in Belgium*, Kluwer Law International, 2016, pp. 79-88.
- VERBRUGGEN, CAROLINE, “Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter VII: Article 1717”, in Niuscha Bassiri and Maarten Draye (eds), *Arbitration in Belgium*, Kluwer Law International, 2016, pp. 455-488.
- VERBRUGGEN, CAROLINE, “Commentary on Part. VI of the Belgian Judicial Code, Chapter VIII: Article 1721”, in Niuscha Bassiri and Maarten Draye (eds), *Arbitration in Belgium*, Kluwer Law International, 2016, pp. 511-530.
- VERDERA TUELLS, EVELIO; FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS; BENEYTO PÉREZ, JOSÉ M^a; STAMPA CASAS, GONZALO, *Jurisprudencia Española de Arbitraje – 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Inmaculada Rodríguez Roblero (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- VINCENT, JEAN; GUINCHARD, SERGE, *Procédure civile*, 23e édition, Dalloz, 1994.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra Editora, 1990.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coleção Teses, Almedina, 2001.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “L’évolution récente du droit de l’arbitrage au Portugal”, in *Droit International Privado – Ensaio*, Vol. I, Almedina, 2002, Pp. 329 e ss..
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 987-1004.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “Precontractual Liability in Private International Law: A Portuguese Perspective”, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Heft 4, Band 67, Max-Planck-Institut, 2003, pp. 699-725.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “Arbitragem de conflitos colectivos de trabalho”, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. IV, Almedina, 2005, pp. 249-267.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “Direito Aplicável aos Contratos Públicos Internacionais”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – Vol 1*, Coimbra Editora, 2006, pp. 289-311.

- VICENTE, DÁRIO MOURA, “Portugal e as Convenções Internacionais em matéria de arbitragem”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2007, p. 71-80.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “La propriété intellectuelle en droit international privé”, in *Recueil des Cours de l’Académie de droit international*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 105-498.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “Método jurídico e Direito Internacional Privado”, in *Ars Iudicandi – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008, pp. 1283-1314.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “O regime especial de resolução de conflitos em matéria de patentes (Lei n.º 62/2011)”, in *ROA*, 2012, pp. 971-990.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “Impugnação da sentença arbitral e ordem pública”, in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Almedina, 2012, pp. 327-338.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “Os mecanismos de resolução de litigious entre Estados e Investidores na perspectiva europeia: desenvolvimentos recentes”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 74, Jul./Dez., 2014, pp. 695-721.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “Convenção de arbitragem: problemas actuais”, in *O Direito*, Ano 147.º, II, Almedina, 2015, p. 303-321.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “Arbitrability of intellectual property disputes : a comparative survey”, in *Arbitration International*, 2015, pp. 151-162.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do Direito comparado”, in *Revista de Direito Civil*, Ano 1 (2016), N.º 2, António Menezes Cordeiro (Dir.), pp. 277-305.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “Interpretation and Application of the New York Convention in Portugal”, in *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – The interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, G.A. Bermann (ed.), Springer International Publishing AG, 2017, pp. 765-780.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “National Report for Portugal (2018), in Jan Paulsson and Lise Bosman (eds), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer, Supp. N.º 98, March 2018, pp. 1-40.
- VICENTE, DÁRIO MOURA *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3ª Ed. rev. e atualizada, Almedina, 2017.

- VICENTE, DÁRIO MOURA, *Direito Comparado*, Vol. I, 4ª Edição, 2018.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, “O novo regime da arbitragem em matéria de patentes”, in *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, António Menezes Cordeiro (Coord.), Almedina, 2019, pp. 273-284.
- VIDAL, JOSÉ, *Éssai d’une théorie générale de la fraude en droit français*, Paris, éd. Dalloz, 1957.
- VIEIRA, JOSÉ ALBERTO, “A competência do tribunal arbitral necessário para apreciar a excepção de invalidade da patente registada”, in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2/2015, pp. 195 e ss.;
- VILLA-LOBOS, NUNO; PEREIRA, TÂNIA CARVALHAIS, “A natureza especial dos tribunais arbitrais tributários”, in *Revista internacional de arbitragem e conciliação*, Almedina, 2014, n.º 2, pp. 87-122.
- VILLEY, MICHEL, *La formation de la pensée juridique moderne*, Editions Montchrestien, 1975, pp. 124 e ss..
- VITORINO, JOSÉ MIGUEL, “Contributo para a construção de um critério de arbitrabilidade na arbitragem de direito administrativo”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, N.º 4, Almedina, 2017, pp. 125-155.
- VULLIEMIN, JEAN-MARIE, “La extensión de la cláusula arbitral a terceros: cláusula arbitral v. convenio arbitral”, in *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje*, 2009, pp. 53-70.
- WALD, ARNOLDO, “A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, Maio/Ago, n.º 2, pp. 31-59.
- WALD, ARNOLDO, “A recente evolução da arbitragem no Direito brasileiro (1996-2001)”, in *Reflexões sobre arbitragem: In Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*, Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Coords.), São Paulo: LTR, 2002, pp. 143-168.
- WALD, ARNOLDO, “La résolution, par l’arbitrage, des conflits entre l’administration publique et les entreprises privées en droit brésilien”, in *Les cahiers de l’arbitrage*, Alexis Mourre (Dir.), Editions A. Pedone, 2008, pp. 175-190.

- WALD, ARNOLDO, “Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada pela justiça local no país da sede da arbitragem”, in *Arbitragem – Temas contemporâneos*, Selma Ferreira Lemes; Inês Balbino (Coord.), Quartien Latin, 2012, pp. 57-72.
- WEHLI, DANIEL; STACHER, MARCO, “Arbitration under the Swiss Rules”, in *International Commercial Arbitration – Different forms and their features*, Giuditta Cordero-Moss (Ed.), Cambridge University Press, 2013, pp. 345-378.
- WENGER, WERNER, “Art. 178”, in *International Arbitration in Switzerland*, Stephen Berti (Ed.), Kluwer Law International, 2000, pp. 327-360.
- WIEBECKE, MARTIN, “Switzerland”, in *The International Arbitration Review*, Law Business Research, 2015, pp. 509-526.
- WOLFF, REINMAR, *New york Convention – Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 Commentary*, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2012, pp. 448-490.
- YÁÑEZ VELASCO, RICARDO, *Comentários a la nueva Ley de Arbitraje*, Valencia, 2004.
- YOUNG, FRANCK NICÉPHORE, *Arbitrage commercial international et développement – Étude du cas des États de l’OHADA et du Mercosur*, L’Harmattan, 2016
- YOUSSEF, KARIM, “The death of inarbitrability”, in *Arbitrability – International & Comparative perspectives*, Loukas A. Mistelis; Stravos L. Brekoulakis (Ed.), Wolters Kluwer, 2009, p. 47-67.
- ZAIWALA, SAROSH; REDDY, PAVANI; MITTAL, KARTIK, “England and Wales”, in ASHWINIE KUMAR BANSAL, *International Commercial Arbitration*, Universal Law Publishing Co., 2012, pp. 286-295.
- ZARRA, GIOVANNI, “Il principio del favor arbitrati e le convenzioni arbitrali patologiche nei contratti commerciali internazionali”, in *Rivista dell’arbitrato*, Anno XXV, Fasc. 1, 2015, pp. 135-154.

Documentos em linha

1. Artigos

ARISNABARRRETA, ANA MARIA ARRARTE, “Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial”, in *Ius et Veritas*, 27, pp. 23-36; disponível em:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/16260/16676>

BACHAND, FRÉDÉRIC, “*Favor arbitrandum* and the Supreme Court of Canada: More Red Flags”, *McGill University Faculty of Law*, Outubro 6, 2014; Disponível em:
<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/10/06/favor-arbitrandum-and-the-supreme-court-of-canada-more-red-flags/>

BAPTISTA, PATRÍCIA F., “A crise da legalidade formal e as novas formas de legitimação no Estado de direito contemporâneo”, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (57), 2003, p. 291; Disponível em:
http://download.rj.gov.br/documentos/10112/775075/DLFE-46626.pdf/Revista57Doutrina_pg_278_a_296.pdf

BARBET, JÉRÔME, *Quel siège d’arbitrage choisir?*, Conférence da l’Association des Juristes franco-britanniques, 2013, p. 4 ; disponível em:
https://www.google.co.ao/search?ei=FpPyWuGKKZD3gQaPyqLADw&q=Décisions+qui+appliquent+le+principe+de+favor+arbitrandum&oq=Décisions+qui+appliquent+le+principe+de+favor+arbitrandum&gs_l=psy-ab.3...13879.17519.0.17942.17.14.0.0.0.0.202.956.0j4j1.5.0....0...1c.1.64.psy-ab..12.4.767...35i39k1j33i160k1l0.W9kU5Zbi1uk

BASDRA, EFI, “L’institution de l’arbitrage dans le droit de l’ère post-byzantine – Le cas de l’île de Paxi”, disponível em: <http://journals.openedition.org/etudesbalkaniques/310>

BERG, ALBERT JAN VAN DEN, “The New York Convention of 1958: An Overview”, in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (Emmanuel Gaillard & Domenico Di Pietro, Eds), 2008, p. 57; disponível em <http://www.hvdb.com/wp-content/uploads/162.pdf>

BLANCO-MORALES, PILAR, *Direito Internacional Privado. Portugal ...*, p. 42; disponível em:
http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6417/jurismatesp_33-60.pdf

BONATO, GIOVANNI, “Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro”, p. 2; disponível em:
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/208504/mod_resource/content/0/BONATO%2C%20Arbitragem%20na%20Fran%C3%A7a%20e%20na%20Italia..pdf

CAPON, YVES, L'Arbitrage Interne – Composition et Constitution du Tribunal arbitral, http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassatio...

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Vernáculo jurídico: directrizes ou directivas”, in ROA, Ano 64, Vol. I/II, Nov. 2004, N.ºs 1-9; disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/temas-e-referencias/antonio-menezes-cordeiro-vernaculo-juridico-directrizes-ou-directivas/>

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Ciência do direito e metodologia jurídica nos finais do século XX”, pp. 897-772; disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B2b756d2b-d78c-45f1-83f0-c082997b92db%7D.pdf>

COSTA, MARINA MENDES, “A Arbitragem CCI nos Países Lusófonos – O interesse das Práticas CCI e o Controle dos Riscos”, in www.arbitragem.pt

DUPEYRE, ROMAIN, “Les immunités de jurisdiction et d'exécution des Etats dans l'arbitrage international”, disponível em: <https://blogavocat.fr/sites/default/files/fichiers/Les%20immunit%C3%A9s%20de%20jurisdiction%20et%20d%27ex%C3%A9cution%20d.pdf>

ESSER, JOSEF, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. VALENTÍ FIOL, Barcelona, Bosch, 1961.
<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/10900.pdf>

ESTRADA VÉLEZ, SERGIO, “Los Principios Jurídicos en Colombia – Algunas recomendaciones para su incorporación”, in *Diálogos de Saberes*, p. 165; Disponível em: <http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Art%C3%ADculo%2010.pdf>

GALUPPO, MARCELO CAMPOS, “Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: Ensaio sobre o modo de sua aplicação”, in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36, n. 143 Jul/Set, 1999, pp. 192 e ss.. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514/r143-16.PDF?sequence=4;>

GÉLINAS, FABIEN, *Favor arbitrandum et favor validitatis*; disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2420117

LEMES, SELMA M. FERREIRA, “Cláusulas combinadas ou fraccionadas: arbitragem e eleição de foro”, disponível em <http://selmalemes.adv.br>

LEMES, SELMA M. FERREIRA, “Arbitragem em propriedade intelectual. Instituições arbitrais”. Disponível em http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri14.pdf

LEMES, SELMA M. FERREIRA, “Quando as cláusulas compromissórias demandam interpretação”, disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/Quando%20as%20%20%20Cláusulas%20Compromissórias%20demandam%20interpretação-Selma%20F%20Lemes.pdf>

LEMES, SELMA M. FERREIRA, “A cláusula compromissória e a boa fé: uma jurisprudência pedagógica”, disponível em http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri02.pdf

LEMES, SELMA M. FERREIRA, “A cláusula arbitral por referência e os contratos comerciais conexos”; disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri01.pdf

LEYNSEELE, PATRICK VAN, *La “MED-ARB” et ses dérivés – Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace*, p. 855, disponível em: http://www.dalveldekens.eu/documents/document/20131220123510-libdal_van_leynseele.pdf

LISBOA, MARCELO JUCÁ, “Metodologia jurídica e sua relação com o conceito, interpretação e aplicação do direito: uma visão panorâmica”, in *RJLB*, Ano 2, N.º 2, 2016, pp. 849-909.
http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/2/2016_02_0849_0909.pdf

LÓPEZ, CARLOS ALBERTO MATHEUS, “Las ventajas del arbitraje frente al proceso judicial”, Lima, 2003, p. 28; disponível em: <http://www.google.co.ao/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&ved=0ahUKEwjcs6ff1-bZAhWBJcAKHRCKBmkQFghgMAc&url=http%3A%2F%2Fvistas.bibdigital.uccor.edu.ar%2Findex.php%2FADC%2Farticle%2Fdownload%2F312%2F204&usq=AOvVaw2S1GMR168en1oZNkwDgdH6>

MARTINS, PEDRO BATISTA, “Autonomia da cláusula compromissória”, in *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 2; disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-n...rte-artigos-dos-professores/autonomia-da-clausula-compromissoria>

MAVROMATI, DESPINA, “SFT Judgment 4ª_260/2017 in the TPO case between FC Seraing v. FIFA & the Brussels Court of Appeal Decision: A parallel Universe”; disponível em: <http://sportlegis.com/the-swiss-federal-judgment-in-the-third-party-ownership-case-fc-seraing-v-fifa-and-the-decision-of-the-brussels-court-of-appeal-a-parallel-universe/>

MORVAN, PATRICK, *Les Principes Généraux du Droit et la Technique des visas dans les arrêts de la Cour de Cassation*, p. 2; Disponível em: https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf

MUSY, ALBERTO M., “The good faith principle in contract law and the precontractual duty to disclose: comparative analysis of new differences in legal cultures”, in *International Center for Economic Research*, Working Papers, n.º 19-2000; disponível em: <http://ideas.repec.org/p/icr/wpicer>

NEKAIES, HAZARD, *La protection des attentes legitimes des investisseurs étrangers*, Faculté de droit et des sciences politiques de Sousse Tunisie, 2013; disponível em: https://www.memoireonline.com/09/13/7358/m_La-protection-des-attentes-legitimes-des-investisseurs-etranagers20.html#toc54

NGWANZA, ACHILLE, “L’essor de l’arbitrage international en Afrique sub-saharienne: les apports de la CCJA”, in *Revue de l’Ersuma: Droit des affaires – Pratique professionnelle*, N.º 3, 2013; disponível em: <http://revue.ersuma.org/no-3-septembre-2013/doctrine-25/article/l-essor-de-l-arbitrage>

ORELLANA, DANIEL ROBALINO, *Control Constitucional de Laudos Arbitrales: Procedencia y Efectos*, pp. 34 e ss.. Disponível em: <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/913/1/94417.pdf>

PLUYETTE, GÉRARD, “1981-2011, trente ans de jurisprudence en matière d’arbitrage”, Texte de la conférence d’AFA, le 15 octobre 2013. Disponível em: http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/1981-2011_30_ans_de_jurisprudence_en_matiere_d-arbitrage_par_M_le_Conseiller_Gerard_Pluyette.pdf

RAVILLON, LAURENCE, “¿Qué queda del concepto de inarbitrabilidad?”, in *El orden público y el arbitraje*, p. 58; Disponível em: <https://doctrina.vlex.com.co/vid/queda-concepto-inarbitrabilidad-650404601>

SAINT-LOUBERT-BIÉ, THOMAS, “Les limites de l’immunité d’exécution des États en matière d’arbitrage international en droit anglais et en droit français, commentaire de l’arrêt Orascom Telecom Holding SAE v Chad”; disponível em: <http://blogs.u-paris10.fr/content/les-limites-de-l-immunite-d-execution-des-etats-en-matiere-d-arbitrage-international-en-droi>

SILVA, LARISSA CLARE PONCHMANN DA; COSTA, SYLVIA CHAVES LIMA, *O controle das anti-suit injunctions concedidas por juízes em face de arbitragens no cenário da união europeia: o caso C-185/07 do Tribunal da Justiça da Comunidade Europeia*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10311/Revista%20do%20Programa%20de%20Direito%20da%20União%20Europeia%20-%20número%202.pdf?sequence=1>

SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1*, 2003, pp. 609-611; Disponível em: http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf

SOUSA, FELIPE OLIVEIRA DE, “O raciocínio jurídico entre princípios e regras”, in *Brasília a.* 48, n.º 192 Out/Dez., 2011, pp. 98-99; Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242932/000936212.pdf?sequence=3>

2. Relatórios

“2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration” da White & Case LLP, disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>

Rapport Prada sur “Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la Place de Paris; disponible en:

http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/1_Rapport_prada_20110413.pdf

Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé, 11 janvier 2017; disponible en:

<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-01-11/vn-ber-f.pdf>

“2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration” da White & Case LLP, disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>

La Responsabilité de l'arbitre – Rapport du Club des Juristes, Commission Ad Hoc, Juin 2017, p. 102, disponible en:

<http://www.willkie.com/~media/Files/Publications/2017/06/>

Résolution adoptée par l'Institut de Droit International (IDI), “L'arbitrage entre Etats, entreprises d'Etat ou entités étatiques et entreprises étrangères”, à sa Session St-Jacques de Compostelle (5-13 septembre 1989) en ligne:

http://www.idi.iil.org/idiF/resolutionsF/1989_comp01_fr.pdf

Lista de Jurisprudência

1. Tribunal de Justiça da União Europeia

Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International Nv (1999), *International Arbitration – Cases and Materials*, 2015, p. 492

2. Tribunais arbitrais

2.1. *Ad hoc*

Sofomil, Lda vs. Abamat-UEE, *Revista da Ordem dos Advogados de Angola*, n.º 1, 1998, p. 283.

De Beers vs. Endiama (2001), descrito em:
<http://noticias.uol.com.br/ultnot/lusa/2004/06/21/ult611u45240.jhtm>

SPE vs. Endiama (2013), descrito em:
<http://www.portaldeangola.com/2014/02/diferendo-endiamaspe-suspenso-pelo-tribunal-supremo/>; http://sol.sapo.pt/Angola/Interior.aspx?content_id=98604

2.2. CCI

CCI n.º 1939, *Revue de l'arbitrage*, 1973, p. 122

CCI n.º 2138 de 1974, *Clunet* 1975, p. 934

CCI n.º. 2321, *Clunet* 1975, p. 939

CCI n.º 2375 (1975), *Journal de Droit International*, 1976, p. 973

CCI n.º 1434/1975, *Journal de Droit International*, 1976, p. 978

CCI n.º 2521, *Journal de Droit International*, 1976, p. 997

CCI n.º 4131, *Dow Chemical*, *Journal de Droit International*, 1983, p. 899

CCI n.º 4695 (1984), *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, p. 33

CCI n.º 4381, *Journal de Droit International*, 1986, p. 1102

CCI n.º 5943 (1990), *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, p. 432
CCI n.º 7929 (1995), *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, p. 377
CCI n.º 8420 (1996), *Collection of ICC Arbitral Awards*, 1996-2000, p. 401
CCI n.º 8938 (1996), *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, p. 334
CCI n.º 3879 (*Westland helicopters*), *Yearbook Com. Arb.*, 1984, p. 138
CCI n.º 6233 (1992), *Recueil des Sentences Arbitrales CCI*, t. 3, p. 322.
CCI n.º 8385, *Journal de Droit International*, 1997, p. 1061
CCI n.º 9333 (1998), *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*, p. 584
CCI n.º. 8423 (1998), *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*, p. 565

2.3. CIRDI

Fonte: www.icsid.worldbank.org

Amco Asia vs. Indonésia (1983), ARB/81/1

Soabi vs. Senegal (1988), ARB/82/1

Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka (1990), ARB/87/3

American Manufacturing and Trading Inc. (AMT) v. Republic of Zaire (1997), ARB/93/1

3. Tribunais alemães

3.1. Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*)

BGH, 14 de Maio de 1952, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1952, p. 487

BGH, 27 de Fevereiro de 1970, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 253, p. 315

BGH, 14 de Setembro de 2000, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 3720

BGH, 6 de Junho de 2002, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 3031

BGH, 25 de Setembro de 2003, *Les cahiers de l'arbitrage*, III, 2006, p. 436

BGH, 30 de Setembro de 2010, *The International Arbitration Review*, 2015, p. 260

BGH, 14 de Janeiro de 2014, *European International Arbitration Review*, Vol. 1:1, p. 125

3.2. Tribunais Regionais Superiores (*Oberlandesgerichte*)

Tribunal Regional Superior de Rostock, OLG Rostock, j. 28.10.99, *ICCA Yearbook Commercial Arbitration*, XXV, 2000, p. 717

Tribunal Regional Superior de Baviera, 25 de Outubro de 2001, *Les cahiers de l'arbitrage*, II, 2004, p. 378

Tribunal Regional Superior de Baviera, 13 de Novembro de 2003, *Les cahiers de l'arbitrage*, III, 2006, p. 437

Tribunal Regional Superior de Karlsruhe, 27 de Março de 2006, *Les cahiers de l'arbitrage*, IV, 2008, p. 710

Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, 19 de Maio de 2006: I-17 U 162/05, *Les cahiers de l'arbitrage*, IV, 2008, p. 703

Tribunal Regional Superior de Colónia, 23 de Setembro de 2010, *European International Arbitration Review*, Vol. 1:1, p. 119

4. Tribunais belgas

4.1. Tribunal de Cassação

Cass., 9 février 1973, *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1974, p. 192

Cass. 19 décembre 2011, *Pasicrisie*, 2011, I, p. 2813

4.2. Tribunal de Apelação de Bruxelas

Cour d'appel de Bruxelles, 29 août 2018, disponível em: www.iusport.es

4.3. Tribunal de primeira instância

Comm. Bruxelles, 12 avril 1978, *Bull. Ass.*, 1981, p. 285

5. Tribunais brasileiros

Fonte: www.stj.jus.br

TJPR, AI n. 892851-8, j. 14.08.2012, *Revista Brasileira de Arbitragem* n.º 35, Jul./Set., 2012, p. 147

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação n.º 0002163-90.2013.8.26.0100, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto dos Santos, J. 03.07.2014

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação n.º 0018814-07.2010.8.26.0068, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel.^a des.^a Rosa Maria de Andrade Nery, J. 31.03.2014

6. Tribunais espanhóis*

STSJ Murcia [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 2/2012, de 28 de junio (AC 2012, 848).

STSJ Cataluña [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 35/2013, 16 mayo (RJ 2013, 5394).

STSJ Cantabria [Sala Civil y Penal], núm. 4/2013, de 23 de setiembre (AC 2013, 1864).

ATSJ Cataluña [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 46/2013, de 25 marzo (RJ 2013, 5392).

* As decisões proferidas pelos tribunais espanhóis constam da jurisprudência referida em: Ignacio Esteban Monasterio *et al.*, *Ley de Arbitraje*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

STSJ Andalucia, Granada [Sala Civil y Penal, Secc. 1], núm. 16/2013 de 16 de diciembre

SAP Madrid [Secc. 9], núm. 632/2004, de 17 noviembre

SAP Valencia [Secc. 9], núm. 1/2010, de 7 de enero

AAP Zaragoza [Secc. 5], núm. 63/2010, de 12 de febrero

Tribunal Superior de Justiça da Catalunha, 1 de Fevereiro de 2018, disponível em <http://www.poderjudicial.es>

7. Tribunais dos Estados Unidos da América

7.1. Supremo Tribunal Federal

Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna, 546 U.S. 440 (2006)

Circuit City Stores, Inc. v. Adams, 532 U.S. 105 (2001)

Dean Witter Reynolds, Inc. v. Byrd, 470 U.S. 213 (1985)

Directv, Inc. v. Imburgia, 577 U.S. (2015)

EEOC v. Waffle House, Inc., 534 U.S. 279 (2002)

Epic Systems Corp v. Lewis, 584 U.S. (2018)

Gilmer v. Interstate / Johnson Lane Corp., 500 U.S. 20 (1991)

Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501 (1947)

First Options of Chicago, Inc. vs. Manuel, et UX and Mk Investments Inc. Kaplan, 514 U.S. 938 (1995)

Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton Inc., 514 U.S. 52 (1995)

Ministry of Defense & Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Elahi, 546 U.S. 450 (2006)

Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985)

Moses H. Cone Memorial Hospital vs. Mercury Construction, 460 US 1 (1983)

Oriental Commercial and Shipping Co. Ltd vs. Rosseel N.V., 68 U.S. 75 (1985)

Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235 (1981)

Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg, 388 U.S. 395 (1967)

Pulliam v. Allen, 466 U.S. 522 (1984)

Scherk v. Alberto-Culver, 417 U.S. 506 (1974)

Southland Corp. v. Keating, 465 U.S. 1 (1984)

The Bremen v. Zapata Off-shore Co., 407 U.S. 1 (1972)

United Steelworkers of Am. v. Warrior & Gulf Nav. Co. (1960), 363 U.S. 574 (1960)

Wilko v. Swan, 346 U.S. 427 (1953)

7.2. Tribunais de Apelação

A Best Floor Sanding Pty v. Skyer Australia Pty Ltd, VSC 170 at 18 (1999)

Alexander v. Anthony International, 341 F. 3d 256 (3d Cir. 2003)

American Central Eastern Texas Gas Company and American Central Gas Companies inc.,v. Union Pacific resources Group Inc. et Al. Duke Energy Fuels LLC et Duke Energy Field Services Inc. (Fifth Circuit, Court of Appeals 2004)

American Safety v. McGuire, 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968)

Baker Marine (Nig.) Ltd v. Chevron (Nig.) Ltd [2d Cir. 1999]

Bridas Sapic v. Government of Turkmenistan, 345 F. 3d 347 (5th Cir. 2003)

Corey v. New York Stock Exchange, 691 F. 2d 1205 (1982)

Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral v. Pemex-Exploración y Producción, 832 F. 3d 92 (2d Cir. 2016)

Dardana Ltd v. A.O. Yuganskneftegaz, 317 F. 2d 2002 (2d Cir. 2003)

Diapulse Corp. of Am. v. Carba, Ltd , 626 F. 2d 1108 (2d Cir. 1980)

DuPont de Nemours & Co v. Rhone Poulenc, 269 F. 3d at 195-97 (2001)

General Electric Co. vs. Deutz, 240 F. 3d 184, 190 (3d Cir. 2001)

Gingiss Int'l Inc. v. Bormet (7th Cir. 1995)

Imports Ltd v. Saporiti Italia SpA (1997), 117 F3d 655, 666 (2d Cir 1997)

Karaha Bodas Company LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumy Negara, 335 F. 3d 357 (2003)

Kulukundis Shipping Co. v. Amtorg Trading Corp., 126 F. 2d 978, 983 (2d cir. 1942)

Lapine Technology Corp. v. Kyocera, 130 F. 3rd. 884, 891 (9th Cir. 1997)

Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Bobker, 808 F. 2d 930 (2nd Cir. 1986)

Monegasque de Reassurances SAM v. NAK Naftogaz of Ukraine, 311 F. 3d 488 (2002)

Necchi S.P. A v. Necchi Sewing Machine Sales Corp., 369 F.2d 579 (2d Cir. 1966)

Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de l'Industrie du Papier, 508 F. 2d 969 (2d Cir. 1974)

R. J. O'Brien & Assoc. v. Pipkin (7th Cir. 1995)

Rush v. Oppenheimer & Co (2nd Circuit, 1985), 779 F. 2d 885, 887 (2d Cir. 1985)

S.A. Mineração da Trindade-Samitri v. Utah Int'l, Inc., 745 F. 2d 190 (2d Cir. 1984)

Sink v. Aden Enter, Inc., 352 F. 3d (9th Cir. 2003)

Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd et. al. v. Government of the Lao People's Democratic Republic, 864 F. 3d 172 (2d Cir. 2017)

Thomson-CSF v. Am. Arbitration Ass'n, 64 F. 3d 773 (1995)

7.3. Tribunais judiciais de Distrito

Al Haddad Commodities Corp. v. Toepfer International Asia Pte., Ltd, 485 F. Supp. 2d 677 (E. D. Va. 2007)

Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996)

Continental U.K. Ltd v. Anagel Confidence Compania Naviera, SA, 658 F. Supp. 809 (1987)

Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral v. Pemex-Exploración y Producción, 962 F. Supp. 2d 642 (2013)

Karen Maritime Limited v. Omar International Inc., 322 F. Supp. 2d 224 (E.D.N.Y. 2004)

Khan v. Parsons Global Servs., Ltd (2009), 480 F. Supp. 2d 327 (D.D.C. 2009)

TermoRio S.A. E.S.P v. Electrificadora Del Atlántico S.A. E.S.P., et al., 421 F. Supp. 2d 87 (D.C. 2006)

Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd et. al. v. Government of the Lao People's Democratic Republic, 997 F. Supp. 2d 214

8. Tribunaux françaises

8.1. Tribunal de Cassation

Cass. civ., 19 février 1930, *Mardelé*, *Sirey*, 1933.1, p. 41.

Cass. civ., 27 janvier 1931, *Dambricourt*, *Sirey*, 1933.1, p. 41.

Cass. 1re civ., 7 mai 1963, *Gosset*, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1963, p. 617

Cass. 1re civ., 14 avril 1964, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1966, p. 68

Cass. 1re civ., 2 mai 1966, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1967, p. 553

Cass. 1re civ., 14 mars 1984, *Revue de l'arbitrage*, 1985, p. 69

Cass. 1re civ., 9 octobre 1984, *Revue de l'arbitrage*, 1985, p. 431

Cass. 1re civ., 6 décembre 1988, *Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 641

Cass. 5 mars 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 66

Cass. 1re civ., 11 juin 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1991, n.° 4, p. 637

Cass. 1re civ., 20 décembre 1993, *Journal de Droit International*, 1994, p. 432

Cass. 1re civ., 23 mars 1994, *Revue de l'arbitrage*, 1994, p. 324

Cass. 1re civ., 5 janvier 1999, *Journal de Droit International*, 1999, p. 784

Cass., 1^{re} civ. 06 février 2001, *Revue de l'arbitrage*, 2001, p. 765

Cass. 2^e civ., 20 décembre 2001, *Bull. civ. II*, n.° 198

Cass. Ch. Com. 9 avril 2002, *Revue de l'arbitrage*, n.° 1, p. 105

Cass. 1re civ., 30 mars 2004, *Ouralkali*, *Bull. civ.*, I, n.° 95

Cass. 1re civ., 7 juin 2006, *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 945

Cass. 1re civ., 11 juillet 2006, *Bull. Civ.*, I, n.° 367

Cass. 1ère civ., 11 juillet 2006, *Les cahiers de l'arbitrage*, 2008, p. 559

Cass. 1re civ., 28 novembre 2006, *Les cahiers de l'arbitrage*, 2008, p. 559

Cass. 1re civ., 27 mars 2007, *Dalloz*, 2007, p. 2077

Cass. 1re civ., 11 mai 2012, *Revue de l'arbitrage*, 2012, p. 563

Cass. 1re civ., 14 mai 2014, n.º 13-15.827, *RTD civ.*, 2014, p. 641

Cass. 1re civ., 9 juillet 2014, *Recueil Dalloz*, 25 décembre 2014, n.º 44, p. 2546

8.2. Tribunais de Apelação

Paris, 1re Ch., 10 avril 1957, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1958, p. 120

Paris, 21 février 1964, *JDI*, 1965, p. 113

Orléans, 15 février 1966, *D.*, 1966, p. 340

Paris, 19 juin 1970, *JDI*, 1971, p. 833

Paris, 4e Ch., 13 décembre 1975, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1976, p. 509

Toulouse, 26 octobre 1982, *Journal de Droit International*, 1984, p. 603

Paris, 20 janvier 1987, *Revue de l'arbitrage*, 1987, p. 482

Paris, 30 novembre 1988, *Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 69

Paris, 2 juin 1989 (TAI), *Revue de l' arbitrage*, 1991, p. 87

Paris, 2 juin 1989 (Gemanco), *Revue de l' arbitrage*, 1991, 87

Paris, 8 mars 1990, 2e esp., *Revue de l'arbitrage*, 1990, p. 675

Paris, 26 mars 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1991, p. 456

Paris, 29 mars 1991, *Revue de l' arbitrage*, 1991, p. 478

Paris, 17 décembre 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1993, p. 281

Paris, 17 décembre 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1993, p. 281

Paris, 2 juillet 1992, *Revue de l'arbitrage*, 1996, 441

Paris, 1re ch. C., 14 octobre 1993, *Revue de l'arbitrage*, 1994, p. 164

Paris, 24 février 1994, *Revue de l'arbitrage*, 1995, p. 275

Paris, 7 décembre 1994, *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 265

Paris, 7 décembre 1994, *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 245

Paris, 1^{re} ch. C., 8 octobre 1998, *Revue de l'arbitrage*, 1999, p. 355.

Paris, 1^{re} ch. C., 23 novembre 1999, *Revue de l'arbitrage*, 2000, p. 501

Paris, 21 février 2002, *Revue de l'arbitrage*, 2002, p. 213

Paris (1^{re} ch. D), 27 juin 2007, *Les cahiers de l'arbitrage*, 2008, p. 575

Paris, 28 février 2008, *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 168

8.3. Tribunal de Grande Instância

Tribunal de Grande Instance de Paris, ordonnance de 13 de Fevereiro de 2014, n.º 13/58916, *Alicantes, Les Petites Affiches*, 2014, n.º 214, p. 12

9. Tribunaux ingleses

9.1. Supremo Tribunal (*House of Lords*)

Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan, disponível em: <https://www.supremecourt.uk>

9.2. Tribunal de Apelação (*Court of Appeal*)

Arenson v. Arenson, [1975] 3 All ER 901 = [1976] 1 Lloyd's Rep. 179

Downing v. Al Tameer Etablissement & Autres (2002), All ER (Comm.) 545

Fakes v. Taylor Woodrow, Ltd (1973), 1 All ER 670

Harbour v/ Kansas (28 January 1993), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XX, 1995, p.176

Paczy v. Haendler & Natermann GmbH (1981), 1 Lloyds Rep. 302, 307 (C.A. 1980)

Premium Nafta Products Ltd (20th Defendant) and others v. Fili Shipping Company Ltd (14th Claimant) and others (2007), *Les cahiers de l'arbitrage*, 2008, p. 720

Smith v. Pearl Assurance Company, Ltd (1939), 1 All ER 95

Sutcliffe v. Thackrah, [1974] A.C. 727 = [1974] 1 All ER 859

Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania, (No 2) [2006] EWCA Civ 1529, [2007] QB 886

9.3. Tribunal Superior (*High Court*)

Apis AS v. Fantazia Kereskedelmi KFT (2001), 1 All ER Comm. 348

Christopher Brown Ltd v. Genessenschaft Osterreichischer Waldbestitzer GmbH (1954), 1 QB 8, 12-3 (Devlin J)

Cotton Club Estates Ltd v. Woodside Estates Co., [1928] 2 K.B. 463

Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd, [2004] 1 Lloyd's Rep. 603 (comm) (English High Ct.)

9.4. Conselho Privado (*Privy Council*)

Bay Hotel and Resort Limited and another v. Cavalier Construction Company Limited, 16 juillet 2001, *Bay Hotel and Resort Limited and another c. Cavalier Construction Company Limited*, (2001) UKPC 34

10. Tribunais dos Países Baixos

Hoge Raad de 27 de Dezembro de 1935, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1936, n.º 442

Supremo Tribunal, acórdão de 26 de Outubro de 1973, *International Legal Materials*, Vol. 14, N.º 1 (January 1975), p. 71.

Supremo Tribunal, *Société Européenne d'études et d'entreprises vs. République de Yougoslavie*, *Revue de l'arbitrage*, 1974, p. 311

Verhoeven, Tribunal de Apelação de Arnheim, datada de 14 de Novembro de 1934, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1936, n.º 442

11. Tribunais portugueses

Fonte principal:

- www.dgsi.pt

11.1. Tribunal Constitucional

Acórdão 93/84, de 30 de Julho de 1984, Proc. n.º 10/84, *BMJ*, N.º 355, 1986, p. 150

Acórdão 71/87, de 18 de Fevereiro de 1987, *BMJ*, N.º 364, 1987, p. 508, Proc. n.º 11/86

Acórdão 311/2008, Proc. n.º 753/07, *RIAC*, 2009, p. 161

Acórdão n.º 251/2017, de 24 de Maio de 2017, Proc. n.º 1053/16.5YRLSB.S1.S1, disponível em: www.dgsi.pt

11.2. Supremo Tribunal de Justiça

STJ 30-09-2014, Proc. n.º 232/06.8TBBRR.L2.S1

STJ 23-10-2014, Proc. n.º 1036/12.4YRLSB.S1

STJ 28-05-2015, Proc. n.º 2040/13.0TVLSB.L1.S1

STJ 02-06-2015, Proc. n.º 1279/14.6TVLSB.S1

STJ 9-7-2015, Proc. n.º 1770/13.1TVLSB.L1.S1

STJ 26-04-2016, Proc. n.º 1212/14.5T8LSB.L1.S1

STJ 12-05-2016, Proc. n.º 710/14.5TVLSB-A.L1.S1

STJ 21-06-2016, Proc. n.º 301/14.0TVLSB.L1.S1

STJ 22-09-2016, Proc. n.º 660/15.8YRLSB.L1.S1

STJ 14-12-2016, Proc. n.º 1248/14.6YRLSB.S1

STJ 16-03-2017, Proc. n.º 1052/14.1TBBCL.P1.S1

STJ 14-03-2017, Proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1

STJ 27-04-2017, Proc. n.º 93/16.9YRCBR.S1

STJ 26-09-2017, Proc. n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1

STJ 06-04-2017, Proc. n.º 416/16.0YRLSB.S1

STJ 22-03-2018, Proc. n.º 1053/16.5YRLSB.S1.S1

STJ 15-01-2019, Proc. N.º 28/14.3TBOHP.C1.S1

STJ 01-10-2019, Proc. n.º 1254/17.9YRLSB.S1

11.3. Tribunais de Relação

Tribunal da Relação de Coimbra, de 24-04-2012, Proc. n.º 36/12.9YRCBR

Tribunal da Relação de Coimbra, 19-12-2012, Proc. n.º 477/11.8TBACN.C1

Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Janeiro de 2011

Tribunal da Relação de Lisboa, de 27-11-2014, Proc. n.º 703/14.2YRLSB.L1-2

Tribunal da Relação de Lisboa, 24.3.2015, Proc. n.º 7666/13.0TBOER.L1-1

Tribunal da Relação de Lisboa, 5.11.2015, Proc. n.º 1934/12.5TBCSC-AL1-1

Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Março de 2016, Proc. n.º 871/15.6YRLSB-7

Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de Junho de 2018, Proc. n.º 227/18.9YRLSB.L1-2

Tribunal da Relação do Porto, de 04-06-2013, Proc. n.º 119/13.8YRPRT

Tribunal da Relação do Porto, de 23-06- 2015, Proc. n.º 9/15.0YRPRT

12. Tribunais suíços

12.1. Tribunal Federal

Tribunal Fédéral suisse, 28 mai 1915, *Jörg c/ Jörg, Recueil officiel, ATF*, 41 – II – 534

Trib. Fédéral suisse, 7 fév. 1984, *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 589

Tribunal Fédéral suisse, 23 juin 1992, *Revue de l'arbitrage*, 1993, p. 691

Arrêt 4C.44/1996 du 31 octobre 1996, *The Swiss International Arbitration Law Report*, 2008, p. 356

Arrêt 4P.64/2001 du 11 juin 2001, *Bull. ASA*, 2001, p. 566

Arrêt 4A_220/2007 du 21 septembre 2007, consid. 6.2, *Bull. ASA*, 2008, p. 742

Arrêt 4A_119/2012 du 6 août 2012, disponible em: <https://www.cdbf.ch>

Arrêt 4A_240/2012, du 20 Août 2012, disponible em: <http://www.servat.unibe.ch>

Decision 4A_450/2013 of 7 April 2014, disponible em:
<http://www.swissarbitrationdecisions.com>

12.2. Tribunal de Cantão

Tribunal du Canton de Vaud, 12 février 1957, *Revue Critique*, 1958, pp. 358 e 363.

Cour de justice du Canton de Genève, 21 décembre 1983, *J-Cl., Droit International*, fasc. 586-3, 1994, n.º 16

Índice

Advertências	7
Agradecimentos	9
Plano da dissertação	11
Principais siglas e abreviaturas	15
Resumo	21
Résumé	23
Introdução	25
1. Colocação do problema	25
2. Delimitação do objecto de estudo	35
3. Sobre os princípios jurídicos	47
4. Estrutura da tese	56
PARTE I	
MANIFESTAÇÕES LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS	
DO PRINCÍPIO DO <i>FAVOR ARBITRANDUM</i>	59
Capítulo I	
Manifestações relativas à convenção de arbitragem	63
Secção I	
Manifestações relativas à validade da convenção de arbitragem	67
1. Autonomia da cláusula compromissória	67
1.1. Referência histórica	67
1.2. Alcance do princípio da autonomia da cláusula compromissória	76
1.2.1. Em França	76
1.2.2. Na doutrina e jurisprudência internacionais	87
1.3. Consagração do princípio da autonomia da cláusula compromissória nos regulamentos dos principais centros de arbitragem e nas legislações nacionais	90

1.4. Fundamento do princípio da autonomia da cláusula compromissória	100
1.5. Natureza do princípio da autonomia da cláusula compromissória	105
1.5.1. Princípio transnacional do Direito da Arbitragem	105
1.5.2. Princípio de ordem pública?	106
1.6. Síntese comparativa e conclusiva	107
2. Validade substancial da convenção de arbitragem com base numa conexão alternativa	112
2.1. Referência histórica	112
2.2. Direito positivo	116
2.3. Síntese comparativa e conclusiva	128
3. Inoponibilidade de exceções baseadas no Direito interno do Estado parte de uma convenção de arbitragem	132
3.1. Referência histórica	132
3.1.1. Referência explícita à lei do contrato	133
3.1.2. Abandono do método conflitual e consagração de uma regra material própria da arbitragem internacional internacional	136
3.1.3. Extensão da regra material a todas as pessoas colectivas de Direito público, independentemente da sua nacionalidade	136
3.1.4. Conclusão intercalar	137
3.2. Direito positivo	137
3.3. Fundamento jurídico	143
3.4. Síntese comparativa e conclusiva	148
4. Admissão da cláusula arbitral por referência	151
4.1. A jurisprudência francesa: um tratamento <i>in favorem arbitrandum</i> da cláusula arbitral por referência	151
4.2. Direito positivo	155
4.3. Síntese comparativa e conclusiva	162

Secção II

Manifestações relativas ao âmbito dos efeitos da

convenção de arbitragem165

1. Extensão *ratione personae* da convenção de arbitragem165

1.1. Transmissão da convenção de arbitragem165

1.2. Extensão da convenção de arbitragem a partes

não signatárias no âmbito de grupos de sociedades172

1.2.1. Jurisprudência estadual173

1.2.2. Jurisprudência arbitral189

1.2.3. Conclusão198

2. Extensão *ratione materiae* da convenção de arbitragem199

2.1. Tipos de litígios abrangidos pela convenção de arbitragem199

2.2. Extensão da convenção de arbitragem no âmbito de grupos

de contratos203

2.2.1. Ampla admissão da extensão da cláusula arbitral

segundo o critério da unicidade da operação económica204

2.2.2. Recusa da extensão da cláusula arbitral na falta

de consentimento das partes.....206

2.2.3. Admissão restrita da extensão da cláusula arbitral

no âmbito de contratos-quadro ou de base208

2.2.4. Jurisprudência arbitral212

2.2.5. Conclusão215

Capítulo II

Manifestações relativas à competência do tribunal arbitral219

1. Competência-competência do tribunal arbitral220

1.1. Posição do problema220

1.2. Efeitos222

1.2.1. Sistemas legais que consagram o efeito

positivo do princípio223

1.2.2. Sistemas nacionais que consagram o efeito

negativo do princípio ou de *cognitio limitata*227

1.2.2.1. O modelo francês: competência exclusiva do tribunal arbitral	228
1.2.2.2. O modelo português: competência concorrente com prioridade para o tribunal arbitral e possibilidade de recurso imediato da decisão do tribunal arbitral sobre a sua competência	230
1.2.2.3. O modelo angolano: competência concorrente com prioridade para o tribunal arbitral e recurso diferido até à prolação da decisão arbitral sobre o mérito.....	231
1.2.3. Sistemas nacionais que não consagram o efeito negativo do princípio ou <i>de cognitio plena</i>	232
1.3. Poderes de apreciação <i>ex officio</i> ?	236
1.4. Síntese comparativa e conclusiva	237
2. Alargamento da arbitrabilidade objectiva	241
2.1. Considerações preliminares	241
2.2. Evolução legislativa	242
2.2.1. Legislações de “primeira geração”	242
2.2.2. Legislações de “segunda geração”	244
2.2.3. Critérios do <i>Common Law</i>	247
2.3. Evolução doutrinária e jurisprudencial	249
2.3.1. A determinabilidade da arbitrabilidade objectiva	250
2.3.2. Algumas questões relevantes	258
2.4. Síntese comparativa e conclusiva	292

Capítulo III

Manifestações relativas à sentença arbitral	297
--	------------

Secção I

Manifestações relativas à validade da sentença arbitral	299
---	-----

1. Dissociação da parte anulável da sentença arbitral proferida <i>extra potestatem</i>	299
---	-----

1.1. Diferenciação entre a sentença <i>extra potestatem</i> e	
---	--

a sentença <i>ultra petita</i>	299
1.2. Direito positivo	301
1.3. Síntese comparativa e conclusiva	306
2. Exclusão do recurso de mérito da sentença arbitral internacional	307
2.1. Direito positivo	308
2.2. Síntese comparativa e conclusiva	315
3. Presunção <i>juris tantum</i> de validade da sentença arbitral estrangeira a ser reconhecida ao abrigo da Convenção de Nova Iorque (<i>Pro-enforcement bias</i>)	315
3.1. O artigo V da CNI	317
3.2. O artigo 36.º, n.º 1 da Lei-Modelo da CNUDCI	318
3.3. Direitos nacionais	319
3.4. Síntese comparativa e conclusiva	322
Secção II	
Manifestações relativas ao reconhecimento da sentença arbitral	325
1. Carácter restrito da reserva de ordem pública como fundamento de recusa do reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras	326
1.1. Conceito de “ordem pública”	326
1.2. A ordem pública no art. V, n.º 2, b) da CNI	328
1.2.1. Interpretação restrita da ordem pública: a ordem pública internacional	328
1.2.2. Função da ordem pública internacional	332
1.2.3. Como apreciar a contrariedade à ordem pública internacional ?	336
1.3. Direito positivo	338
1.4. Síntese comparativa e conclusiva	346
2. Ausência de revisão do mérito da sentença arbitral a ser reconhecida ao abrigo da CNI	346
3. Reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede	349
3.1. Posição do problema	349
3.2. Emergência e afirmação da tese autonomista da arbitragem	

internacional	353
3.2.1. A doutrina francesa	353
3.2.2. O artigo VII, n.º 1 da CNI: <i>the “Trump card”</i>	355
3.3. Direitos nacionais	358
3.4. Síntese comparativa e conclusiva	363
 PARTE II	
DOGMÁTICA DO PRINCÍPIO DO <i>FAVOR ARBITRANDUM</i>	365
 Capítulo IV	
Conteúdo do princípio do <i>favor arbitrandum</i>	369
 Secção I	
<i>O favor arbitrandum</i> : um critério interpretativo e de decisão	371
1. Princípio do favorecimento do consentimento à arbitragem	371
1.1. Um princípio de interpretação liberal da convenção de arbitragem	373
1.1.1. Rejeição de uma interpretação estrita ou restritiva da convenção de arbitragem	373
1.1.2. Corolário do princípio do efeito útil (<i>Ut res magis valeat quam pereat</i>), nomeadamente em matéria de interpretação das cláusulas patológicas	377
1.1.3. Princípio do favorecimento da extensão objectiva e subjectiva da convenção de arbitragem, nomeadamente em matéria de grupos de sociedades e grupos de contratos	386
1.2. Uma jurisprudência hesitante	391
2. Princípio da arbitrabilidade dos litígios ou <i>favor arbitrandum</i> (<i>stricto sensu</i>)	397
2.1. Presunção de arbitrabilidade apenas limitada pelo carácter fundamentalmente indisponível da matéria, pela violação da reserva de ordem pública internacional ou pela sua exclusão expressa da competência arbitral pelo legislador	398

2.1.1. Carácter fundamentalmente indisponível da matéria: o reconhecimento da competência <i>ex arbitrandum</i> do juiz estadual	399
2.1.2. Violação da reserva de ordem pública internacional	401
2.1.3. Exclusão expressa da competência arbitral pelo legislador	402
2.2. Uma concretização jurisprudencial notável do princípio da arbitrabilidade dos litígios a nível internacional	406
2.2.1. Nos Estados Unidos da América	407
2.2.1.1. Uma jurisprudência <i>a priori</i> restritiva	407
2.2.1.2. Uma jurisprudência <i>a posteriori</i> generosa (<i>Pro-arbitration bias</i>)	408
2.2.2. No Direito francês	415
2.2.3. No Direito suíço	417
2.2.4. <i>Excursus</i> : No direito europeu	418
3. Princípio de validade da sentença arbitral ou <i>favor validitatis sententiae</i>	419
4. Princípio do reconhecimento da sentença arbitral ou <i>favor recognitionis</i>	425
4.1. Aplicação restrita da reserva de ordem pública	426
4.2. Aplicação do Direito nacional mais favorável, em especial, em matéria de reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas no país da sede	429
4.2.1. Uma posição pioneira, mas isolada do Supremo Tribunal dos Países Baixos	430
4.2.2. <i>Ars inveniendi</i> e vanguardismo da jurisprudência francesa	431
4.2.3. O realismo da jurisprudência americana	438
4.2.4. Um afloramento da questão na jurisprudência dos Tribunais belgas	446
4.2.5. Admissibilidade da solução no Grão-Ducado de Luxemburgo	447
4.2.6. A doutrina internacional face à questão do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras	

anuladas no país de origem	449
4.2.7. Apreciação crítica	474
4.3. Sentenças baseadas em convenções arbitrais orais: pode o artigo VII, n.º 1 da CNI permitir o seu reconhecimento? <i>Towards a triumph of substance over form</i>	478
 Secção II	
O <i>favor arbitrandum</i> : um princípio positivo supralegal	483
 1. Directriz que orienta o legislador no sentido da formulação de normas pró-arbitragem	
485	
2. Directriz que orienta a interpretação e a integração normativas no sentido do desenvolvimento da arbitragem	487
2.1. Conteúdo do princípio	487
2.2. Aplicações feitas pelos tribunais portugueses	493
2.3. Aplicações feitas pelos tribunais brasileiros	499
2.4. Aplicações feitas pelos tribunais franceses	500
2.5. A excepcional empatia do legislador federal americano para com a arbitragem e as concretizações jurisprudenciais	504
 Capítulo V	
Limites do princípio do <i>favor arbitrandum</i>	507
1. Limites de carácter geral	509
1.1. A ordem pública: função delimitadora do espaço da autonomia privada	509
1.1.1. No que respeita à convenção de arbitragem	509
1.1.2. No que respeita à sentença arbitral	511
1.2. A ofensa dos bons costumes: a corrupção	513
1.2.1. Contra a convenção de arbitragem	514
1.2.2. Contra a sentença arbitral	514
1.3. A fraude	515
1.4. Os demais motivos de anulação da sentença arbitral previstos	

nas leis estaduais	518
2. Limites próprios ao procedimento arbitral	521
2.1. A falta pelo árbitro do <i>jus imperium (lato sensu)</i>	521
2.2. As <i>anti-arbitration injunctions</i>	522
2.2.1. Contra a aplicabilidade da convenção de arbitragem	524
2.2.2. Contra a execução da sentença arbitral	526
2.3. A responsabilização civil dos árbitros pelos erros <i>in iudicando</i>	527
3. Limites dependentes da qualidade das partes	531
3.1. A impecuniosidade	531
3.2. A imunidade de execução dos Estados	541

Capítulo VI

Fundamentação do princípio do <i>favor arbitrandum</i>	549
---	-----

Secção I

Fundamentação jurídico-política do princípio	551
1. Desenvolvimento do comércio internacional	551
2. Necessidade de redução das pendências nos tribunais judiciais	556
3. Instrumento de política concorrencial entre Estados ao serviço do prestígio e das economias nacionais	559
4. O <i>favor accordandum</i> ou <i>conciliationis</i>	561

Secção II

Fundamentação dogmática	565
1. O princípio da autonomia privada: um possível fundamento para o <i>favor arbitrandum</i> ?	565
2. O princípio da tutela da confiança	567
2.1. Uma dupla dimensão do princípio da confiança	567
2.2. O princípio da tutela da confiança: fundamento do <i>favor arbitrandum</i> enquanto critério interpretativo-decisional	570
2.3. O princípio da tutela da confiança: fundamento do <i>favor arbitrandum</i> enquanto princípio positivo supralegal	577

Conclusões gerais	579
Bibliografia	585
Lista de jurisprudência	651
Índice	665